

Von: Etude Diserens
An: Rodriguez Rodrigo BJ
CC: _BJ-Sektion IPR
Gesendet am: 25.01.2016 10:13:01
Betreff: modification de la loi sur le droit international privé (faillite et concordat)

Cher Monsieur,

Nous revenons sur votre envoi du 21 octobre 2015.

Sa teneur a retenu toute notre attention et nous vous remercions d'avoir consulté notre association.

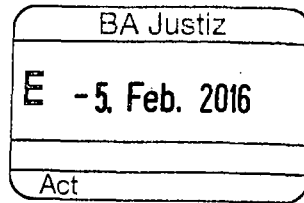
Nous saluons les modifications envisagées par le projet auquel nous nous rallions.

Avec notre haute considération.

Pour le comité :
Youri Diserens, président

Association des agents d'affaires brevetés du canton de Vaud
Case postale 5194
1002 LAUSANNE

3 février 2016



Office fédéral de la justice
3003 Berne

Consultation relative à une modification de la loi sur le droit international privé en matière de faillite et de concordat

Le projet est fondé sur l'idée de base qu'il faille abandonner l'exigence de la *réciprocité*. Cela mérite l'approbation, mais encore faudrait-il nuancer en fonction de la raison précise retenue au soutien de cet abandon. Les technicités propres à l'examen de cette condition ne sont plus acceptables, on en convient certainement. En revanche, le principe lui-même révèle un fondement que l'on ne devrait pas rejeter avec autant d'aplomb. Ce qui est certain, c'est que ce principe est révolu dans les relations avec des pays proches ou pas trop éloignés de nos concepts du règlement d'un état d'insolvabilité. La réciprocité n'a plus de place dans de telles relations, étant donné que ce qui la justifie, l'absence d'une certaine égalité des systèmes, n'est pas réalisée. Cela couvre surtout les pays de l'Union européenne et de l'Amérique de Nord ainsi que certains pays de l'Amérique latine et de l'Asie.

Cela dit, à ce stade, il semble bien que l'abandon pur et simple de toute idée de réciprocité ou d'une exigence similaire remplissant la même fonction est plus difficile, ou moins facile, à justifier.

Dans sa nouvelle configuration, le régime de la faillite ouvrira complètement les portes du système suisse de recouvrement des dettes sans aucune vérification de la qualité, respectivement du caractère frauduleux, de la structure étatique étrangère à l'origine d'une « faillite » dont les caractéristiques peuvent être très éloignées de ce qui paraîtrait fondamental dans un Etat de droit comme la Suisse. Le projet fait totalement abstraction de l'examen et de la discussion de cet aspect politique.

Certes, on protégera les créanciers privilégiés, comme tous ceux dont les intérêts méritent une protection prioritaire. Cependant, est-ce la seule préoccupation ? Ne faudrait-il pas envisager également les enjeux politiques plus larges, avant que cela ne soit pas trop tard et que la Suisse verra pénétrer dans notre économie des prétentions à l'encontre de débiteurs dont l'insolvabilité est loin d'être évidente ?

La réflexion dont l'Exposé des motifs fait état me semble très insuffisante. On insiste sur le fait que l'exigence de la réciprocité constituerait une « autre entrave à la reconnaissance de la procédure étrangère » (ch. 1.1.3) ; en soi, cette observation ne veut rien dire car toute condition de reconnaissance constitue, en soi, une « entrave ». Il aurait fallu préciser pour quelles raisons cette entrave n'est plus supportable. Sur ce point, l'Exposé des motifs relève « les longues clarifications et les coûteuses expertises requises » (ch. 1.1.3, 2.1). L'observation est juste, mais elle n'a aucune valeur s'il était possible de donner à l'exigence une forme juridique différente et plus efficace. Or, l'Exposé des motifs ne se pose pas la

question. Il est également dit que l'exigence est unanimement critiquée (ch. 2.1), ce qui est également correct, mais encore faudrait-il en donner les raisons. Ces critiques sont quasi exclusivement liées aux difficultés de vérification, qui sont bien réelles. De plus, elles s'interrogent sur l'opportunité de cette exigence dans le contexte européen, ce qui est également juste. Il est dit encore que l'abandon de la réciprocité servirait l'amélioration de la coopération, ce qui est encore une affirmation vide de sens tant que l'on n'a pas examiné la nécessité de procéder de la sorte en ouvrant l'accès à des faillites de n'importe quelle provenance, mais de la part d'Etats qui nous sont hostiles au niveau précisément de ce besoin de coopération. On résout le problème d'un trait de plume en rappelant que le législateur se serait trompé en insistant simultanément sur la nécessité de la coopération et sur l'exigence de la réciprocité (FF 1983 I p. 438). Or, le législateur voulait combiner les deux objectifs, cherchant à coopérer avec les pays étrangers dans le sens d'une harmonisation, ce qui aurait permis de se passer de la réciprocité comme un obstacle à l'efficacité internationale des faillites, suisses et étrangères. L'Exposé des motifs ne traite pas de ce point de vue de l'ancien législateur, semble-t-il parce que les efforts d'harmonisation n'ont pas été couronnés de succès.

L'Exposé des motifs précise que les décisions de faillite étrangères reconnues en Suisse émanent pour la grande majorité d'Etats membres de l'UE (ch. 1.3.2.1). C'est manifestement son seul champ d'intérêt ; aucune analyse n'est fournie quant aux relations avec des Etats non européens et l'intérêt que la condition de la réciprocité pourrait présenter encore dans ce contexte. Cela présente à mon avis une grave lacune. Les auteurs du projet entendent diriger la Suisse dans une aventure où l'économie suisse sera exposée à toute sorte de prétendues faillites ou d'insolvabilités mises sur pied de manière incontrôlée. La Suisse devra les accueillir sans aucune vérification, car celle-ci serait trop compliquée et coûteuse. Ce raisonnement est manifestement insuffisant.

On pourrait penser que l'ordre public représente un rempart suffisant. L'Exposé des motifs ne pose même pas la question, qui est pourtant capitale. Cette réserve classique serait à mon avis insuffisante. Cela d'autant plus que le chapitre 11 de la LDIP s'intègre dans un cadre législatif dont l'un des principes fondamentaux veut que la réserve d'ordre public soit d'interprétation stricte, applicable uniquement dans des circonstances exceptionnelles, à examiner de cas en cas, en fonction des résultats. Or, précisément, un tel examen casuistique, on n'en veut plus, pour de bonnes raisons, qui, cependant, ne peuvent justifier que tout rempart soit jeté par-dessus bord.

L'impact de l'ATF 141 III 210 ss, 213-221, dans la pratique suisse devrait être pris en considération. Cette jurisprudence force à exécuter des jugements rendus par des tribunaux opérant dans un système dont on ne peut ignorer qu'il est entièrement corrompu si l'intimé ne parvient pas à démontrer que la corruption a directement affecté la procédure individuelle le concernant.

Dans sa conception, de par les conditions énumérées, le projet n'offre qu'un rempart de bas niveau à l'encontre de tentatives d'extraire, voire d'extorquer des patrimoines placés en Suisse au regard de la confiance à la couverture protectrice que l'on attribue toujours à ce que l'on appelle encore notre « place financière ». Comment va-t-on résister à des faillites provoquées à l'étranger par des dettes inexistantes mais montées dans le seul but d'y établir une faillite qui servira de véhicule pour étendre une prospection extraterritoriale de fonds que le prétendue débiteur croyait de bonne foi avoir placé en lieu sûr en Suisse ?

On notera également que le régime tel que proposé ne permet pas de contrôle sur la nature des créances invoquées dans le contexte de la faillite étrangère à reconnaître. Il conviendrait de se demander s'il ne se présente pas un contraste par rapport à une jurisprudence selon laquelle la LDIP ne couvre pas l'exécution de jugements étrangers portant sur des créances fondées sur le droit public étranger (tel le jugement condamnant une entreprise suisse à payer à une caisse publique étrangère des redevances destinées à être redistribuées aux employés à titre de contribution à leurs frais de vacances, cf. ATF 19.11.2014, 5A_249/2014, c. 3).

Cela dit, il ne s'agit pas de plaider le maintien de l'exigence de réciprocité. Cette condition devrait être transformée profondément pour remplir sa véritable mission, et, bien sûr, ne s'appliquer que dans les rapports avec des pays dont le système d'insolvabilité n'a rien de comparable au nôtre. Je sais bien que de nos jours, dans notre pays en quête d'identité, toute idée nouvelle est automatiquement rejetée si elle n'est pas accompagnée d'une proposition concrète de mise en œuvre. N'étant pas un spécialiste de la matière tout en ne l'ignorant pas complètement, mais simplement désireux d'accomplir mon devoir de citoyen, je me résigne à subir un tel sort. Je me permets de remarquer néanmoins que le projet devrait passer encore par un examen attentif de cette dimension politique et économique, du simple fait que l'Exposé des motifs s'avère bien lacunaire à cet égard. Quant à une solution législative à envisager, je songe surtout à une Ordonnance qui fournira une liste d'Etats dont le système d'insolvabilité ne suscite pas de réserve de notre point de vue. La réciprocité ne serait ainsi plus conservée en tant que telle, mais remplacée par un système de « clearing », géré par le pouvoir politique et dont l'application concrète dans la pratique sera extrêmement facile. On pourrait également, à partir du niveau d'examen de l'Exposé des motifs, simplement abandonner la réciprocité dans les relations avec les Etats membres de l'UE et de l'AELE. Cela serait entièrement suffisant. Il n'y a aucun fondement d'aller plus loin et d'accueillir à bras ouverts des faillites venant de systèmes économiques avec lesquels la Suisse entraîne des relations fondées sur la réciprocité exclusivement. Certes, une ouverture vers quelques autres pays d'importance commerciale pour la Suisse devra être envisagée ; cependant, rien n'empêche que cela soit fait par le biais d'une négociation avec ces Etats et non de façon unilatérale. De toute manière, la question devra être examinée sérieusement ; on ne saura s'en remettre à un simple Exposé des motifs qui procède par affirmation sans aucun examen de la question.

Le législateur de la LDIP était conscient du problème : « Enfin, la réglementation du projet devrait aussi contribuer à atténuer certaines attaques financières et de politique économique auxquelles la Suisse est exposée aujourd'hui. » (FF 1983 I p. 437). L'Exposé des motifs ne dit pas de ce qui en est aujourd'hui. Manifestement, la question, dont l'importance est certaine, n'a pas été posée.

Au plan général, il me semble également que le législateur ne doit pas prendre la *loi modèle de la CNUDCI* de 1997 en tant que terme de comparaison (ch. 1.3.2.2), alors que cette Organisation en a adopté une *version révisée en mai 2015* (A/CN.9/WG.V/WP.130).

En ce qui concerne les nouvelles règles proposées, je m'en tiens à quelques remarques ponctuelles, n'étant pas un spécialiste de la matière. Je souhaiterais néanmoins que le projet qui sera finalisé dans le Message soit plus explicite quant aux effets que le nouveau régime produira en comparaison du droit et de la jurisprudence actuelle. L'Exposé des motifs est très sommaire sur ce plan là.


Selon le nouvel art. 166 al. 1, la décision de faillite étrangère est reconnue, en l'absence de motifs de refus au sens de l'art. 27, si elle a été rendue et est exécutoire dans l'Etat de domicile du débiteur ou (point nouveau) dans l'Etat où est situé le centre des intérêts principaux du débiteur si celui-ci n'était pas domicilié en Suisse. Dans ce dernier cas, la reconnaissance ne sera pas possible, mais l'autorité suisse pourra alors coordonner son action avec celles des autorités étrangères (art. 174b). Le pouvoir de demander la reconnaissance est étendu de l'administration de la faillite et d'un créancier au débiteur lui-même. On entend donc se contenter de l'extension de la qualité pour agir au *débiteur* (ch. 2.1). Cela implique une restriction par rapport à d'autres éventuels représentants de la faillite ; l'Exposé des motifs ne fournit pas d'explication. Il n'aborde pas non plus une solution différente, retenue par la loi type de la CNUDCI de 2015 qui s'en remet à la *lex causae*. S'agissant d'une question de représentation, les principes généraux semblent en effet se diriger plutôt vers la loi d'origine et non vers celle de l'Etat requis. La question devrait être examinée également en rapport avec l'art. 174c, qui ne connaît pas pareille restriction.

La reconnaissance de la faillite étrangère entraîne une liquidation en Suisse qui suit en principe la procédure sommaire (art. 170 al. 3). Si aucun créancier gagiste ne s'annonce, il est renoncé à la procédure ancillaire en Suisse, sur requête de l'administration étrangère de la faillite (art. 172 al. 2 lit. a, 174a al. 1). Le tribunal suisse devra cependant examiner si les *intérêts des créanciers domiciliés en Suisse* sont suffisamment pris en compte dans la procédure étrangère. Cette exigence entraînera sans doute des lourdeurs dans la pratique judiciaire. S'il est renoncé à la procédure ancillaire, l'administration de la faillite étrangère pourra exercer sur les biens qui lui auront été remis les droits que le débiteur possédait avant l'ouverture de la faillite, « notamment ceux de transférer les biens à l'étranger et d'intenter un procès » (art. 174 al. 2).

La portée de cette dernière disposition semble mériter réflexion encore. On peut se demander pour quelle raison l'administrateur étranger de la faillite devrait attendre la reconnaissance de la faillite étrangère et la décision de renoncer à la procédure ancillaire avant de pouvoir représenter le débiteur dans un procès en Suisse, à intenter ou déjà en cours. On rappellera que les art. 167-169 restent inchangés, y compris le renvoi de l'art. 167 al. 1 à l'art. 29 qui consacre à l'alinéa 3 la possibilité pour l'autorité suisse de statuer sur la reconnaissance d'une décision étrangère à *tire préalable ou incident*. Le fait que la reconnaissance d'une faillite étrangère n'ait pas lieu d'office et requiert une requête n'empêche pas l'applicabilité de l'art. 29 al. 3 lorsque l'administrateur de la faillite étrangère entend exercer les droits du débiteur en Suisse, notamment dans un procès intenté contre celui-ci. Il faudrait également se demander si cette question a un lien avec l'affirmation du rapport explicatif (ch. 1.3.2.4) selon lequel la reconnaissance ne porte que sur les décisions de faillite. Elle n'aurait pas pour objet les procédures de faillite, car il faudrait alors prévoir des rattachements spéciaux et préciser les compétences de l'administration de la faillite étrangère. Soit, mais pourquoi ne pas reconnaître la capacité de celle-ci de représenter le débiteur en Suisse hors procédure de liquidation ?

Plus généralement, il conviendrait d'examiner encore sous tous les angles pertinents le principe proposé selon lequel l'administration de la faillite étrangère aurait la *capacité d'exercer l'ensemble des pouvoirs détenus par le débiteur* avant l'ouverture de la faillite (ch. 1.2). A part les cas où une faillite ancillaire est ouverte, on ne voit guère où ce principe est consacré dans le projet. Il conviendrait également de marquer clairement que le projet entend se détacher, pour de bonnes raisons, de la jurisprudence rigide du Tribunal fédéral.

L'action révocatoire est admise, le délai étant dorénavant calculé à partir du jour de l'ouverture de la faillite à l'étranger (art. 171 al. 1). Un nouvel art. 174c prévoit la reconnaissance de décisions étrangères relatives à des *actions révocatoires et à des actions similaires*. Il est renvoyé aux art. 25-27, expliquant que l'art. 26 permettra d'élargir les chefs de compétence indirecte, étant donné que celle fondée sur l'art. 166 al. 1 n'est pas suffisante (ch. 2.5). Cependant, cela n'est pas convaincant dans la mesure où le renvoi limité au seul art. 26 élimine la reconnaissance de décisions prises au centre des intérêts principaux d'un débiteur non domicilié en Suisse (art. 166 al. 1 lit. c). Le nouvel art. 174c élargit sensiblement le champ de décisions susceptible de produire leurs effets en Suisse, s'agissant dorénavant de toutes les décisions « étroitement liées à une décision de faillite reconnue en Suisse ». La nouvelle règle devrait être également examinée au regard de l'art. 199 sur le *droit transitoire* et de la possibilité de réintroduire des demandes de reconnaissance qui n'ont pas été admises au regard du droit actuellement en vigueur.


Andreas Bucher
Professeur honoraire

Confédération suisse
Département fédéral de justice et police
Office fédéral de la justice
A l'intention de M. Rodrigo Rodriguez
3003 Berne

Paudex, le 02.02.2016
SB/mjb

Modification de la loi sur le droit international privé (Reconnaissance facilitée des procédures de faillite étrangères)

Procédure de consultation

Monsieur,

Nous avons pris connaissance du projet cité en référence et, en réponse à votre courrier du 21 octobre 2015, nous invitant à participer à la procédure de consultation fédérale, nous vous communiquons ci-après notre position.

A. Remarques générales

Le 14 octobre 2015, le Conseil fédéral a mis en consultation un projet de réforme partielle de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP). Celle-ci vise à modifier le droit de la faillite sur le plan international, principalement en vue d'assouplir, en Suisse, la reconnaissance des décisions de faillite et des concordats étrangers.

Dans un monde globalisé, il est dans l'intérêt des acteurs économiques, créanciers et débiteurs, suisses et étrangers, que des décisions de faillite prononcées valablement à l'étranger puissent être reconnues en Suisse. Cependant, du fait du principe de territorialité, les décisions de faillite rendues à l'étranger ne déploient pas d'effet automatique en Suisse. Les art. 166 à 175 LDIP régissent la coordination entre les droits privés et d'exécution forcée étrangers et l'ordre juridique suisse.

En outre, notre pays connaît depuis 1889 une loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) qui, grâce à sa clarté et sa simplicité, ainsi que la précision et la rigueur de ses procédures, offre aux acteurs économiques un cadre légal éprouvé et garant de sécurité juridique. Toutefois, la LP a subi plusieurs modifications ces dernières années, le dernier projet de réforme relative à l'usage abusif de la procédure de faillite remontant au printemps 2015. Or, l'inflation législative risque de nuire à la stabilité et à la sécurité du droit; cela est particulièrement préjudiciable dans le domaine de l'exécution forcée qui a des effets incisifs sur les droits patrimoniaux. Les règles de la LDIP relatives à la reconnaissance en Suisse de faillites étrangères, susceptibles d'interférer dans la LP, ne doivent donc être modifiées qu'en cas de besoin clairement avéré. Sinon, le risque est trop grand que, par le truchement de nouvelles règles de droit international privé, des normes appropriées et éprouvées de la LP soient escamotées à mauvais escient et aux dépens des créanciers et débiteurs suisses.

Nous notons aussi que le rapport explicatif du projet de modification de la LDIP admet d'emblée lui-même que les mesures suggérées en vue de simplifier la reconnaissance des

faillites étrangères en Suisse sont, dans les faits, d'importance relative, puisque de 2010 à 2014, une cinquantaine de demandes de reconnaissance d'une décision de faillite rendue à l'étranger a été présentée dans notre pays, donc une dizaine de cas par an, sachant que 80% des procédures ont été ouvertes dans un Etat membre de l'UE, dont plus de la moitié en Allemagne (rapport explicatif, p. 5); hors d'Europe, les principaux pays requérants étant les USA, les territoires d'Outre-Mer britanniques et le Japon.

L'étude attentive du projet de réforme partielle de la LDIP censé simplifier la reconnaissance suisse de faillites étrangères, révèle, d'un côté, que la nécessité de réviser ce domaine délicat n'est objectivement pas avérée. De l'autre côté, une réforme irréfléchie de la LDIP en la matière pourrait entraîner, par répercussion, des conséquences imprévisibles et fâcheuses sur le droit des poursuites et la faillite suisse. Nous sommes donc des plus circonspects par rapport au projet proposé.

B. Commentaires relatifs aux articles de l'avant-projet

Art. 166 al. 1 LDIP (Reconnaissance)

Actuellement, une décision de faillite étrangère rendue dans l'Etat du domicile du débiteur est reconnue en Suisse à condition, notamment, que la réciprocité soit accordée dans l'Etat où la décision a été rendue (art. 166 al. 1 let. c LDIP). Le projet d'art. 166 al. 1 LDIP propose de supprimer unilatéralement cette condition de réciprocité – pourtant inhérente au droit international public conventionnel – sans contrepartie aucune.

Si l'idée d'assouplir quelque peu la condition de réciprocité se comprend afin d'accélérer les procédures, l'abandon pur et simple, et de manière unilatérale, par la Suisse de cette exigence à l'égard de tout Etat, indépendamment du régime politique et juridique interne de celui-ci, de sa situation géographique et du degré d'importance des relations qu'entretient avec lui notre pays, est excessif, voire naïf. La Suisse ne saurait reconnaître des jugements de faillite d'un Etat étranger lorsque celui-ci ne s'est pas engagé à reconnaître les jugements prononcés dans notre pays; elle ne doit pas non plus abandonner unilatéralement son droit de s'assurer, en déclarant reconnaître un jugement de faillite étranger, que l'Etat étranger remplit les conditions minimales d'Etat de droit, de séparation des pouvoirs et de justice indépendante et impartiale, ainsi que de sauvegarde des principaux droits fondamentaux individuels, dont la protection de la propriété privée. A défaut, le juge suisse se verrait contraint de devoir se limiter aux art. 25 ss LDIP pour refuser éventuellement la reconnaissance d'un jugement de faillite rendu dans des conditions très particulières. Or, il peut être, juridiquement et surtout politiquement, plus élégant de pouvoir continuer à faire valoir, à l'égard de certains Etats, l'absence de réciprocité, plutôt que la violation de l'ordre public suisse (art. 27 LDIP).

Dès lors, nonobstant une certaine rigidité procédurale liée à la réciprocité en matière de reconnaissance de faillites internationales – qui n'est autre que l'expression, dans ce domaine, de la souveraineté de l'Etat –, nous considérons que l'art. 166 al. 1 let. c LDIP doit être maintenu.

On pourrait éventuellement envisager un assouplissement du principe de réciprocité selon un système de deux cercles d'Etats, par analogie au droit suisse des étrangers, prévoyant avec les Etats membres de l'UE une reconnaissance automatique qui pourrait être négociée en référence au régime interne à l'UE (Règlement CE/1346/2000). Cet accord pourrait p. ex. constituer une annexe à un futur accord institutionnel Suisse-UE. Sur le plan international, la Suisse pourrait œuvrer en vue de l'adoption d'une convention OCDE sur les insolvabilités et faillites internationales. Par contre, l'abandon unilatéral par la Suisse de la réciprocité du

simple fait qu'il existe une «loi type» sur l'insolvabilité CNUDCI et qu'une vingtaine d'Etats aurait implémentés ce modèle dans leurs droits internes serait absurde.

La faculté nouvelle offerte par l'art. 166 al. 1 LDIP au débiteur d'adresser lui-même la requête de reconnaissance n'appelle pas de remarque particulière.

Un nouvel art. 166 al. 1 let. c LDIP propose, en sus du domicile du débiteur, un nouveau critère de rattachement au lieu où se situe «le centre des intérêts principaux du débiteur».

Il est vrai que certains droits étrangers permettent de déclarer en faillite un débiteur non seulement à son domicile, mais aussi au lieu où se situe le centre des intérêts principaux de ce débiteur. Il n'est dès lors pas inopportun de reconnaître, à certaines conditions, un jugement de faillite étranger rendu à cet endroit, du moins si ce jugement a été rendu dans un Etat européen ou occidental. Toutefois, même s'il a un centre d'intérêts différent de son domicile, ce débiteur garde toujours son domicile ou son siège. Il faut dès lors éviter des conflits et des contradictions, et surtout la situation dans laquelle le jugement de faillite rendu au lieu où se trouve le centre des intérêts principaux ne serait pas reconnu dans l'Etat du domicile ou du siège du débiteur.

Il convient donc de préciser l'art. 166 al. 1 lit. c ch. 2 proposé dans ce sens que le jugement de faillite rendu dans l'Etat où est situé le centre des intérêts principaux du débiteur n'est reconnu en Suisse – si le débiteur n'était pas domicilié en Suisse au moment de l'ouverture de la procédure étrangère – que si ce jugement de faillite est également reconnu dans l'Etat du domicile ou du siège du débiteur.

Art. 166 al. 2 LDIP (Coordination avec la procédure au lieu d'une succursale)

Le projet d'art. 166 al. 2 LDIP vise à mieux coordonner la reconnaissance de la faillite étrangère et la procédure de faillite initiée à l'égard d'une succursale du débiteur sise en Suisse (art. 50 al. 1 LP). Il est proposé que l'ouverture de la procédure de faillite dirigée contre la succursale soit admissible avant le dépôt d'une demande de reconnaissance de la faillite étrangère, alors que selon le droit actuel celle-ci est admissible jusqu'au moment où l'état de collocation au sens de l'art. 172 LDIP est définitif. En effet, conformément à l'art. 50 al. 1 LP, le débiteur domicilié à l'étranger qui possède un établissement en Suisse peut y être poursuivi pour les dettes de celui-ci. Il est donc concevable que l'établissement en Suisse – souvent une succursale – soit déclaré en faillite. De la sorte, cette disposition protège les créanciers suisses de l'établissement en Suisse du débiteur étranger et évite qu'ils ne doivent se rendre à l'étranger pour faire valoir leurs prétentions nées d'un rapport avec l'établissement en Suisse. Le texte proposé affaiblit la situation des créanciers suisses. S'ils ne peuvent plus poursuivre l'établissement suisse déjà dès le moment où l'administration de la faillite étrangère du débiteur demande la reconnaissance du jugement de faillite étranger, ces créanciers se trouvent dans l'insécurité. Ils ne savent pas si – et le cas échéant quand – ce jugement étranger sera reconnu. Et pendant tout ce temps, ils ne peuvent rien faire. Ceci n'est pas admissible à l'égard des créanciers suisses qui se fient à l'existence d'un établissement du débiteur étranger en Suisse et aux rapports avec celui-ci; nous rejetons donc la modification proposée de l'art. 166 al. 2 LDIP.

Art. 170 al. 3 LDIP (Effets juridiques)

Le nouvel art. 170 al. 3 LDIP clarifie le mode de liquidation de la faillite en stipulant qu'en règle générale il faut procéder à la liquidation sommaire.

De façon générale, la règle proposée est judicieuse car elle renforce la sécurité juridique sur un point non clarifié par l'actuel art. 170 LDIP. Nous relevons cependant que l'art. 231 al. 2 LP permet aux créanciers de demander, jusqu'à la distribution des deniers, que la liquidation intervienne suivant la procédure ordinaire. L'art. 170 al. 3 LDIP proposé n'admet une telle demande que jusqu'à la reconnaissance de l'état de collocation étranger. Ce choix est malheureux et source de confusion. Il convient de reprendre dans l'art. 170 al. 3 LDIP la formulation de l'art. 231 al. 2 LP.

Art. 171 LDIP (Action révocatoire)

La proposition de considérer l'ouverture de la faillite étrangère comme point de départ pour le calcul des délais de l'action révocatoire est étayée de façon convaincante dans le rapport explicatif (p. 12). Toutefois, selon la seconde phrase de l'al. 1, l'ouverture de la faillite à l'étranger détermine le calcul des délais. On ne sait pas ce qu'il faut entendre par ouverture de la faillite. En droit suisse, le jugement de faillite ouvre la faillite (art. 175 LP). Le droit étranger prévoit éventuellement un autre moment. Il convient donc de préciser ce moment et de retenir, comme en Suisse, la date et l'heure du jugement de faillite étranger. En outre, il faudrait encore préciser l'art. 170 al. 2 LDIP dans ce sens qu'il réserve désormais l'art. 171 al. 1 LDIP nouveau.

Art. 172 (Collocation)

Cette disposition n'appelle pas de commentaire particulier.

Art. 174a LDIP (Renonciation à la procédure ancillaire)

Selon le droit en vigueur, la reconnaissance d'une décision de faillite étrangère impose dans tous les cas l'ouverture d'une procédure ancillaire en Suisse. Le projet d'art. 174a LDIP propose de renoncer à cette ouverture systématique parce que, selon le rapport explicatif (p. 12), cette obligation juridique contraint de mener des procédures dans le vide lorsqu'il n'y a pas de créanciers à protéger. La proposition vise donc à simplifier la procédure et à éviter des procédures inutiles.

Nous relevons que le projet d'art. 174a LDIP prévoit tout de même que le tribunal suisse devrait «vérifier notamment si les créanciers domiciliés en Suisse sont suffisamment pris en compte dans la procédure étrangère». Un tel examen prendrait nécessairement du temps et prolongerait la procédure, car il dépasserait le cadre strict de la procédure sommaire.

En outre, mettre à disposition de l'administration de la faillite étrangère les biens du débiteur sis en Suisse n'est pas nécessairement dans l'intérêt ni du débiteur ni du créancier. En effet, la faillite ancillaire permet aux autorités suisses de liquider le patrimoine du débiteur situé en Suisse. Or, il est évident et établi que les offices des faillites suisses sont les mieux à même de liquider des biens tout à l'avantage à la fois du débiteur et des créanciers. L'office des faillites sait comment valoriser les actifs situés en Suisse et attirer les acheteurs. Il connaît aussi le terrain et les procédures suisses. Un bon résultat de la liquidation en Suisse satisfait donc à la fois les créanciers et le débiteur dont la perte sera alors moindre. Dès lors, mettre ces biens à disposition d'une administration de la faillite étrangère sans raison objective valable n'est pas judicieux, voire éventuellement dangereux.

Enfin, selon l'art. 251 al. 1 LP, les productions en retard du créancier suisse sont admissibles jusqu'à la clôture de la faillite. En d'autres termes, le créancier qui a manqué le délai de production fixé dans la publication du jugement de faillite peut toujours produire sa créance, même après l'expiration de ce délai. Il doit juste se laisser opposer les éventuelles

collocations ou mesures de réalisation déjà intervenues. Renoncer à une procédure de faillite locale en Suisse à la suite de la faillite du débiteur à l'étranger signifierait priver le créancier suisse de la possibilité de produire selon l'art. 251 LP. Ceci crée une inégalité de traitement entre le créancier suisse du failli helvétique et le créancier suisse du failli étranger qui a des biens en Suisse. Celle-ci est exagérée, injustifiée et contraire au droit suisse. Par conséquent, la proposition de l'art. 174a LDIP de renoncer à la procédure ancillaire ne résistant pas à la vérification de sa pertinence matérielle, procédurale et pratique, nous la refusons.

Art. 174b LDIP (Coopération et coordination)

Cette norme allant de soi sur le fond, formulée de façon générale et non contraignante pour les autorités et organes concernés peut être admise. Il faudra toutefois s'assurer que tout le monde entende la même chose par «coordonner» et, plus encore, par «connexité matérielle».

Art. 174c LDIP (Reconnaissance de décisions étrangères relatives à des actions révocatoires etc.)

Le projet d'art. 174c LDIP est, dans le libellé proposé, très compliqué voire impossible à comprendre. En outre, sa formulation est trop vague, car que signifie: «d'autres actions préjudiciables aux créanciers qui sont étroitement liées à une décision de faillite reconnue en Suisse»?

La reconnaissance éventuelle de décisions étrangères relatives à des actions révocatoires et à des actions similaires, telles que p. ex. «des actions en responsabilité contre les directeurs pour préjudices causés aux créanciers» (cité dans le rapport explicatif, p. 15) nécessiteraient, à notre avis, une énumération exhaustive des actions présentant un lien suffisant avec un jugement de faillite, ce qui permettrait d'éviter l'ouverture de certaines procédures judiciaires.

Enfin, conformément à notre volonté de voir maintenu le principe de réciprocité, de telles reconnaissances de décisions accessoires ne devraient pas avoir lieu de manière unilatérale en Suisse.

Nous rejetons donc également le projet d'art. 174c LDIP dans sa rédaction actuelle.

Art. 175 LDIP

Cette disposition ne requiert pas de commentaire particulier.

Art. 244a LP (Créances faisant l'objet d'un procès à l'étranger)

Finalement, en sus des modifications proposées de la LDIP, le Conseil fédéral suggère d'introduire un nouvel art. 244a dans la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) qui vise une meilleure coordination entre une procédure de faillite principale en Suisse et les procès de droit civil menés à l'étranger. A l'avenir, les créances litigieuses faisant l'objet d'un procès à l'étranger au moment de l'ouverture d'une faillite en Suisse devraient être mentionnées à l'état de collocation de la procédure suisse «s'il est à prévoir que la juridiction étrangère rendra, dans un délai convenable, une décision pouvant être reconnue en Suisse».

Autant l'intention principale de cette disposition est louable, autant la collocation d'une créance litigieuse à l'étranger ne doit pas dépendre d'un critère temporel aussi indéterminé que «le délai convenable». Il faut à ce propos fixer une limite claire dans le temps, d'autant plus que, selon le libellé du projet d'art. 244a LP, la justice étrangère ne s'est pas encore prononcée sur cette créance et qu'on ignore donc son bien-fondé. Dès lors, l'art. 244a LP n'est, en les termes proposés, pas acceptable non plus.

❖ ❖ ❖

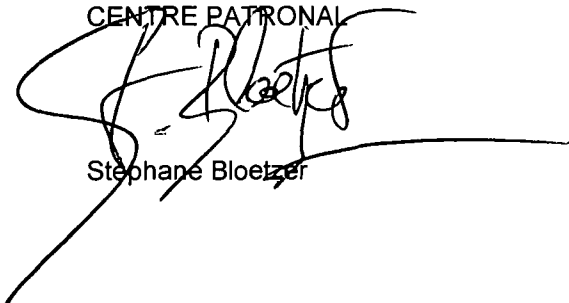
Vu ce qui précède, nous refusons en l'état le projet de modification de la loi fédérale sur le droit international privé visant à faciliter la reconnaissance des procédures de faillite étrangères.

La nécessité du projet n'est pas avérée. Nombre de tournures linguistiques manquent de clarté et des dispositions équivoques, plutôt que de simplifier la collaboration internationale, pourraient escamoter le droit suisse des poursuites et faillite, voire provoquer davantage de procédures judiciaires en Suisse.

❖ ❖ ❖

Nous vous remercions de l'attention que vous porterez à ce qui précède et vous prions d'agréer, Monsieur, nos salutations distinguées.

CENTRE PATRONAL

A large, stylized handwritten signature in black ink, appearing to read 'S. Bloetzer', is written over the typed name. The signature is fluid and somewhat abstract, with long, sweeping lines.

Stéphane Bloetzer

CLAUDIO SIMONETTI
avvocato e notaio

DANIELE CALVARESE
avvocato

FRANCESCO NAEF
avvocato e notaio

COSTANTINO CASTELLI
LL.M., avvocato

ANDRES ALESSANDRO MARTINI
avvocato

Iscritti nel registro degli
avvocati del Cantone Ticino

naef@csnlaw.com

ipr@bj.admin.ch

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Privatrecht
3003 Bern

Lugano, 5. febbraio 2016

\\nascns\studio\naef\pubblicazioni\fallimento
internazionale\consultazione\consultazione ldip.docx

Procedura di consultazione: Modifica LDIP capitolo 11, Fallimento e concordato

Egregi Signori,

giusta l'art. 4 cpv. 1 LCo mi permetto di presentarvi il mio parere in merito all'avanprogetto sopradescritto.

L'avanprogetto risponde certamente alle aspettative ed alla necessità di colmare delle lacune che il rigido sistema svizzero del fallimento internazionale ha dimostrato avere nella prassi quotidiana: è quindi il benvenuto. Inoltre contiene delle soluzioni equilibrate e perciò sicuramente condivisibili.

Forse potrebbe essere ancora migliorato in qualche punto come segue.

I. Estensione della legittimazione a domandare il riconoscimento

Giustamente, il Rapporto osserva che il diritto vigente (art. 166 cpv. 1 LDIP) permette soltanto ai creditori e all'amministrazione straniera del fallimento di presentare l'istanza di riconoscimento, mentre anche il debitore fallito all'estero può avere interesse a domandare il riconoscimento del fallimento in Svizzera: perciò propone di estendere la legittimazione anche a tale debitore (art. 166 cpv. 1 AP-LDIP)¹.

Vi sono però anche *altri terzi* che potrebbero aver interesse a domandare il riconoscimento.

¹ Rapporto esplicativo, p. 9

Si pensi al **terzo debitore del fallito** estero, come ad esempio la sua banca in Svizzera. Fino a quando non è intervenuto un riconoscimento del fallimento estero ai sensi dell'art. 166 LDIP, per la banca svizzera il fallimento è inesistente ed essa è quindi tenuta al segreto bancario nei confronti del cliente fallito e soprattutto ne deve eseguire le istruzioni, in particolare se detto cliente chiede la restituzione degli attivi affidati: la banca non può rifiutarsi appellandosi a norme di applicazione necessaria estere (ai sensi dell'art. 19 LDIP)². La banca si trova però in tal caso in una situazione imbarazzante, se il fatto di invocare il segreto bancario contro l'amministratore estero del fallimento o quello di consegnare gli averi al suo cliente fallito costituisce ad esempio un *reato penale* previsto dal diritto estero³. La banca potrebbe uscire da questa impasse domandando il riconoscimento del fallimento estero, ma secondo il diritto vigente (e quello dell'avanprogetto) non può.

Anche altri terzi potrebbero avere un interesse degno di protezione. Nel **concordato**, ad esempio, può succedere che un **terzo assuntore** - dietro pagamento alla massa - ottenga il trasferimento a suo favore di crediti della massa (nella LEF è l'ipotesi prevista dall'art. 317 cpv. 1 seconda ipotesi), e che quindi desideri farli valere in giudizio; la sua legittimazione alla titolarità del credito presuppone però il riconoscimento in Svizzera della sentenza estera di omologazione del concordato (che appunto è la *causa* del trasferimento del credito), ciò che può avvenire unicamente a titolo principale ai sensi dell'art. 166 LDIP e non in via pregiudiziale⁴. Ma secondo l'avanprogetto detto terzo non rientra nella cerchia dei legittimati a domandare il riconoscimento.

Anche se si potesse intravedere nella decisione estera che accerta il trasferimento del credito a favore del terzo assuntore una decisione connessa ai sensi dell'art. Art. 174c AP-LDIP il risultato non muterebbe, poiché sarebbe comunque necessario ottenere il riconoscimento a titolo principale ex art. 166 LDIP in Svizzera⁵, che come visto non potrebbe essere richiesto dal terzo.

Insomma la proposta dell'avanprogetto di aggiungere unicamente il debitore alla lista di legittimati a domandare il riconoscimento ex art. 166 cpv. 1 LDIP mi sembra inutilmente riduttiva, e perpetua il difetto noto del sistema di essere un "in sich geschlossenes System".

Visto che l'estensione della legittimazione si fonda sulla considerazione che anche il debitore può avere un interesse a domandare il riconoscimento, perché non porre unicamente appunto tale *interesse* a condizione per la legittimazione? Ciò sarebbe molto più coerente anche col resto del diritto processuale, coincidendo con quanto previsto dall'art. 59 cpv. 2 let. a CPC.

² DTF 130 III 620

³ Come era il caso nella fattispecie di cui alla DTF 130 III 620 p. 621

⁴ DTF 134 III 366 c. 5.1.2

⁵ Rapporto esplicativo, p. 16

Ciò potrebbe avvenire modificando leggermente il proposto art. 166 cpv. 1 AP-LDIP in tal senso:

Art. 166

1 Il decreto straniero di fallimento è riconosciuto ad istanza dell'amministrazione straniera del fallimento o di chiunque abbia un interesse degno di protezione se:.....

II. Lacuna nella tutela giurisdizionale per l'incasso dei crediti della massa estera

Il riconoscimento ex art. 166 LDIP presuppone che sia resa verosimile l'**esistenza di attivi del fallito siti in Svizzera** (art. 167 cpv. 1 LDIP)⁶.

Può però spesso succedere che la massa estera non abbia attivi in Svizzera ma sia **creditrice verso una persona che non risiede** in Svizzera (e quindi nemmeno il credito è sito in Svizzera, cfr art. 167 cpv. 3 LDIP), detto terzo debitore avendo però rilevanti attivi sul suo conto bancario in Svizzera.

La massa estera avrebbe quindi un legittimo interesse a domandare il sequestro ex art. 271 cpv. 1 n. 4 LEF degli attivi di tale terzo debitore in Svizzera, ma non può farlo perché senza riconoscimento ex art. 166 LDIP non può agire in giudizio in Svizzera e quindi nemmeno può richiedere il sequestro⁷, ed il riconoscimento è impossibile perché non esistono attivi *del fallito* in Svizzera⁸.

Non vi è alcuna giustificazione plausibile per tale lacuna nella tutela giurisdizionale.

Sarebbe quindi auspicabile che l'avanprogetto prevedesse la rinuncia alla condizione dell'esistenza di attivi del fallito in Svizzera, limitandosi - come per la legittimazione - all'esistenza di un **interesse degno di protezione** ad ottenere il riconoscimento.

III. Azione revocatoria

Giustamente l'avanprogetto tiene conto del fatto che tra la dichiarazione del fallimento straniero e la pubblicazione della decisione di riconoscimento in Svizzera possono passare molti anni e che i convenuti delle azioni revocatorie ne sono avvantaggiati in modo ingiustificato: l'art. 171 cpv. 1 AP-LDIP sceglie quindi giustamente di calcolare i termini retrospettivi per l'individuazione degli atti di

⁶ CHARLES JAQUES, La reconnaissance et les effets en Suisse d'une faillite ouverte à l'étranger, Lugano 2006, p. 32

⁷ Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello (TI) 14.2010.11 del 19.4.2010; FRANCO LORANDI, Handlungsspielraum ausländischer Insolvenzmassen in der Schweiz, AJP/PJA 2008, p. 563

⁸ ELENA NEURONI NAEF/FRANCESCO NAEF, Droit suisse de la faillite internationale: la faillite d'un système?, AJP/PJA 2008, p. 1407, 1411

disposizione sospetti a partire dal momento della dichiarazione del fallimento straniero⁹.

Il lodevole intento di non favorire indebitamente i convenuti viene però annientato dall'applicazione del medesimo metodo di calcolo anche al termine perentorio biennale per introdurre l'azione revocatoria (art. 292 LEF): quando il fallimento estero sarà riconosciuto in Svizzera saranno probabilmente passati più di due anni dal fallimento estero e quindi l'azione revocatoria in Svizzera non sarà più possibile.

Oltre a ciò, è assurdo fare iniziare a decorrere un termine di perenzione **prima ancora che sia giuridicamente possibile fare valere in giudizio** la pretesa revocatoria. Ciò è però esattamente quanto prevede l'avanprogetto: il termine di perenzione biennale dell'art. 292 LEF inizierebbe a decorrere dalla decisione di fallimento estera, quindi ad un momento in cui - detta decisione non essendo ancora riconosciuta in Svizzera - l'azione revocatoria è ancora impossibile in Svizzera.

Il proposto art. 171 cpv. 1 AP-LDIP andrebbe perciò modificato in tal senso:

Art. 171

1 L'azione revocatoria è regolata dagli articoli 285–292 LEF. Per il calcolo dei termini previsti dagli articoli 286-288a LEF è determinante la dichiarazione di fallimento straniera.

In secondo luogo si osserva che la regolamentazione dell'azione revocatoria permane lacunosa, visto che quella prevista dall'art. 171 AP-LDIP si riferisce unicamente a quegli atti in pregiudizio della massa ancillare svizzera.

Nulla si dice invece della possibile tutela giurisdizionale rispetto ad atti in solo **pregiudizio della massa estera**, cioè atti a seguito dei quali attivi sono stati sottratti alla massa estera prima del fallimento e si trovano ora in Svizzera¹⁰.

In realtà, si tratta nella prassi del caso probabilmente molto più frequente. Non si comprende quindi perché sia dimenticato dal legislatore.

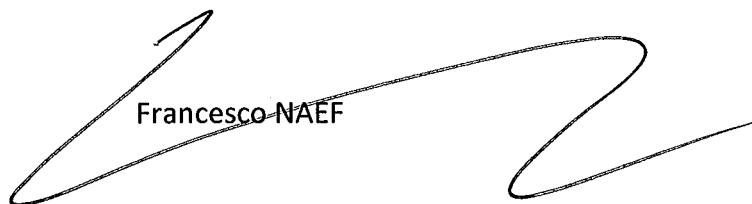
Sarebbe quindi auspicabile che la modifica di legge inglobi anche tale ipotesi, dichiarando l'ammissibilità di una tale azione revocatoria, soggetta non alla legge svizzera ma alla *lex concursus* con la riserva dell'art. 17 LDIP¹¹ o altre opportune cautele, e che potrebbe comunque essere introdotta unicamente previo riconoscimento a titolo principale del fallimento ex art. 166 LDIP (che nel sistema dell'avanprogetto è comunque il presupposto per qualsiasi agire della massa estera in Svizzera).

⁹ Rapporto esplicativo, p. 12

¹⁰ ELENA NEURONI NAEF/FRANCESCO NAEF, op.cit., p. 1410

¹¹ ELENA NEURONI NAEF/FRANCESCO NAEF, op.cit., p. 1411 con rif.

Cordiali saluti



Francesco NAEF

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Bundeshaus West
3003 Bern

Per E-Mail an: jpr@bj.admin.ch

3. Februar 2016

Vernehmlassung betreffend Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Konkurs und Nachlassvertrag)

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 21. Oktober 2015 sind wir eingeladen worden, zu oben genanntem Geschäft Stellung zu nehmen. Für diese Gelegenheit der Meinungsäusserung danken wir Ihnen. economiessuisse nimmt aus einer gesamtwirtschaftlichen Sicht wie folgt Stellung:

economiesuisse begrüsst die Bestrebungen des Bundesrates, die Voraussetzungen und das Verfahren der Anerkennung ausländischer Konkursverfahren und Nachlassverträge zu erleichtern. Wir unterstützen die geplante Revision gesamthaft.

1 Grundsätzliches

Heute werden ausländische Konkursverfahren in der Schweiz nur aus Ländern anerkannt, welche auch entsprechendes Gegenrecht anbieten und das Schweizer Konkursverfahren anerkennen. Nur wenn dies der Fall ist, wird auch in der Schweiz ein Verfahren eröffnet, in welchem auf das in der Schweiz liegende Vermögen des Schuldners zugegriffen werden kann. Dieses System kann in der Praxis auf Grund der restriktiven Handhabung des Nachweises des Gegenrechts dazu führen, dass die Interessen in- und ausländischer Gläubiger nicht gebührend berücksichtigt werden.

Wie der erläuternde Bericht einleitend darlegt, bezwecken die vorgeschlagenen Änderungen eine Modernisierung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) im Bereich Konkurs und Nachlassvertrag. Ziel dabei ist es, moderne Standards für die Konkursanerkennung bei internationalen Sachverhalten zu schaffen und so das IPRG an das europäische Recht anzugleichen. economiessuisse begrüsst diese Angleichungen und das Bestreben des Bundesrates, die Voraussetzungen und das Verfahren der Anerkennung ausländischer Konkursverfahren und Nachlassverträge zu erleichtern.

2 Zu den einzelnen Punkten

2.1 Zum Verzicht auf das Gegenrechtserfordernis

Die Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets hängt nach geltendem Recht im Wesentlichen davon ab, ob sich der Drittstaat an das Gegenrecht hält (Art. 166 Abs. 1 lit. c IPRG). Dieses Gegenrechtserfordernis soll nun ersatzlos gestrichen werden.

Das Gegenrechtserfordernis hat bisher manche Verfahren faktisch verunmöglicht oder verzögert. Dies widerspricht den Interessen der in- und ausländischen Gläubiger: die Einzelvollstreckung (bspw. Arrest) in schweizerische Vermögenswerte des ausländischen Schuldners bleibt mangels Konkursanerkennung möglich und eine gleichartige und angemessene Berücksichtigung aller (auch im Inland wohnhaften) Gläubiger ist damit nicht sichergestellt. Das Gegenrechtserfordernis wurde in Literatur und Rechtsprechung daher einhellig kritisiert (vgl. z.B. BSK IPRG-Stephen V.Berti/Ramon Mabillard, Art. 166 N 35).

Einzelne Mitglieder kritisieren, dass damit der Gedanke des Gegenrechts verwässert würde, eine Verbesserung der ausländischen Kooperationsbereitschaft zu erreichen. Sie monieren auch eine Schwächung der Interessen der Gläubiger zu Gunsten ausländischer Schuldner. Dies insbesondere angesichts der wenigen konkreten Fälle in der Praxis (Gemäss den Ausführungen im Erläuternden Bericht, Ziff. 1.1.2 sind zwischen 2010 und 2014 gerade einmal 50 Anträge auf Anerkennung ausländischer Konkursdekrete gestellt worden).

Das geltende internationale Bankeninsolvenzrecht kennt schon seit längerem die Möglichkeit, bei der Anerkennung ausländischer Bankenkursdekrete und sonstiger Insolvenzmassnahmen auf das Gegenrechtserfordernis zu verzichten, wenn dies im Interesse der betroffenen Gläubiger ist. Die hierzu zuständige Eidgenössische Finanzmarktaufsichtsbehörde FINMA muss in der Praxis aber selten auf die entsprechende Kompetenz zurückgreifen, da die internationale Koordination im Bankeninsolvenzrecht weit fortgeschritten ist und nur in Ausnahmefällen ausländische Rechtsordnungen schweizerische Bankenkurse nicht anerkennen. Gleiches gilt für die Koordinierung des gemeinrechtlichen Insolvenzrechts zwischen den EU-Mitgliedstaaten. Insofern ist der Verzicht auf das Gegenrechtserfordernis nach Ansicht von *economiesuisse* im schweizerischen Recht klar erforderlich¹.

2.2 Prüfung der Präzisierung bei der Erweiterung der Zuständigkeit

Einzelne Mitglieder bemängeln die vorgeschlagene Neuerung der indirekten Zuständigkeit: Nach geltendem Recht können nur Konkursdekrete anerkannt werden, die am Wohnsitz des Schuldners ergangen sind, wobei bei Gesellschaften der Sitz als Wohnsitz gilt (Vgl. Art. 166 Abs. 1 lit. a IPRG i.V.m. Art. 21 IPRG). Dieser in der schweizerischen Rechtsordnung herrschende Grundsatz (vgl. auch Art. 46 SchKG oder Art. 10 ZPO) hat sich in der Vergangenheit bewährt. Das Wohnsitzprinzip knüpft an die Definition des Wohnsitzes gemäss Art. 23 ZGB an, so dass mindestens in der Schweiz die Probleme der örtlichen Zuständigkeit im Rahmen gehalten werden können. Auch das IPRG stützt sich generell auf das bewährte Wohnsitzprinzip ab. Neu sollen nun auch Dekrete anerkannt werden können, die „am Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen“ (center of main interests) des Schuldners ergangen sind.

Eine Praxis zur Auslegung der Frage, wie sich diese hauptsächlichen Interessen definieren oder wonach diese gemessen werden, muss sich erst noch entwickeln. Es würde daher begrüsst, wenn Lösungen präsentiert würden, welche aufzeigen, wie mit einem möglichen Kompetenzkonflikt zwischen In-

¹ Vgl. hierzu auch D. Hunkeler / G.J. Wohl: zur geplanten Revision des internationalen Konkurs- und Sanierungsrechts – und deren Bezug zum internationalen Bankenkurs in: Jusletter 23. November 2015.

und ausländischen Behörden umgegangen werden kann. Angesichts der wenigen praktischen Fälle erscheint eine möglicherweise vorübergehende Rechtsunsicherheit aber vertretbar.

2.3 Vormerkung strittiger Forderung

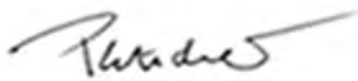
Die in Art. 244a VE-SchKG vorgesehene „angemessene Frist“ zur Vormerkung strittiger Forderung dürfte trotz Verweisung auf Art. 9 IPRG im Einzelfall schwierig zu bestimmen sein. Dies insbesondere, da der Prozess im Ausland stattfindet: es wird entsprechend schwierig sein, eine einigermaßen realistische Beurteilung der Prozessdauer vorzunehmen. Auch stellt sich die Frage, ob die hiesige Konkursverwaltung ausreichend Kenntnis von Abhängigkeiten des betroffenen Prozesses zu weiteren Verfahren erhält. Diese Bestimmung könnte in der Praxis zu verschiedenen Problemen führen und dazu führen, dass die Durchführung des Konkursverfahrens und damit die Ausrichtung der Konkursdividende verzögert werden. Hier sollte eine bessere und der schnelleren Abwicklung eines Verfahrens dienende Lösung gesucht werden.

3 Fazit

economiesuisse begrüsst die Bestrebungen des Bundesrates, die Voraussetzungen und das Verfahren der Anerkennung ausländischer Konkursverfahren und Nachlassverträge zu erleichtern. Die vorliegende Revision erscheint uns gesamthaft geeignet, die Interessen der Gläubiger im In- und Ausland besser und insbesondere ausgewogener zu schützen. Einzelne Punkte bedürfen aber aus Sicht von economiesuisse einer genaueren Prüfung und gegebenenfalls einer Überarbeitung. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die geplante Vorlage eine willkommene Modernisierung des schweizerischen internationalen Konkurs- und Sanierungsrechts vorschlägt. In Einzelfragen wird zu prüfen sein, ob bzw. in wie weit die geltende Bankeninsolvenzgesetzgebung analog zur Anwendung gelangt, und umgekehrt wird im Rahmen der Gesetzgebungsarbeiten nochmals zu prüfen sein, ob weitere Anpassungen erforderlich sind.

Wir danken Ihnen, dass Sie unsere Bemerkungen und Begründungen berücksichtigen. Für weitere Fragen und Konsultationen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
economiesuisse



Thomas Pletscher
Mitglied der Geschäftsleitung



Erich Herzog
Stv. Leiter Wettbewerb & Regulatorisches



Secrétariat général

ipr@pj.admin.ch

Madame
Simonetta Sommaruga
Conseillère fédérale
Office fédéral de la justice
Unité Projets et méthode législatifs
Bundesrain 20
3003 Berne

Genève, le 5 février 2016
FER No 66-2015 / RS/bfb

Prise de position : modification de la Loi fédérale sur le droit international privé (faillite et concordat)

Madame la Conseillère fédérale,

Nous nous référons au courrier du Département fédéral de la justice et police (DFJP) du 14 octobre 2015 relatif à la procédure de consultation susmentionnée.

Vous trouverez ci-dessous notre prise de position sur cet objet.

I. Remarques Générales

La Fédération des Entreprises Romandes prend acte du projet de modification de la Loi sur le droit international privé (LDIP). Celle-ci a comme but de faciliter la reconnaissance des faillites d'entreprises prononcées à l'étranger et permettre ainsi une modernisation du droit international privé régissant la faillite, notamment en simplifiant les conditions et la procédure de reconnaissance de ces décisions et des concordats étrangers.

II. Prise de position

1. Suppression de l'exigence de réciprocité

L'exigence de réciprocité, qui est actuellement une condition de l'art. 166 al. 1 let c LDIP, consiste à ce que le droit étranger reconnaisse les effets d'une faillite étrangère dans une mesure sensiblement équivalente au droit suisse¹. Ainsi, pour qu'une reconnaissance d'une faillite étrangère puisse être déposée en Suisse, le pays qui a prononcé la faillite initiale doit remplir la condition de réciprocité. Le projet de modification soumis à consultation prévoit une suppression de cette condition. Cette condition étant particulièrement difficile à établir en matière de faillite internationale, la Fédération des Entreprises Romandes ne s'oppose pas à cette suppression.

¹ ATF 126 III 101

2. Extension de la compétence indirecte

Cette modification vise à permettre la reconnaissance des procédures de faillite des entreprises étrangères, non plus uniquement au lieu de leur siège, mais également dans le pays où elles déploient leur centre d'intérêts principaux. Cette modification préserve la protection des créanciers domiciliés en Suisse dans le cadre de la reconnaissance des faillites étrangères. Nous ne nous opposons dès lors pas à cette modification.

3. Succursale en Suisse des entreprises étrangères

L'art. 166 al. 2 LDIP est modifié dans le sens où, la requête en faillite visant une succursale suisse d'une société étrangère est admissible, tant qu'il n'existe aucune requête en reconnaissance de faillite de cette même société. Cela aura ainsi pour but d'éviter qu'une procédure dirigée contre une succursale ne perturbe les intérêts des créanciers domiciliés en Suisse, dans le cadre d'une reconnaissance de la faillite de la société étrangère². La Fédération des Entreprises Romandes ne s'oppose pas à cette modification dès lors qu'elle simplifie la procédure actuelle.

4. Procédure ancillaire

La procédure ancillaire, qui vise à privilégier les créanciers domiciliés en Suisse, dans l'état de collocation des reconnaissances de faillites étrangères, est maintenue. La procédure ancillaire ne devient cependant plus obligatoire si aucun créancier-gagiste ou créancier non-gagiste domicilié en Suisse ne fait valoir ses droits. Les autorités s'occupant des reconnaissances des faillites auront néanmoins le devoir d'examiner par eux-mêmes que les intérêts desdits créanciers précités sont suffisamment pris en compte dans la procédure de reconnaissance³. Cette modification risque ainsi d'alourdir la procédure actuelle et contraindre les autorités à devoir se prononcer une nouvelle fois sur la protection des créanciers suisses. Il s'ensuit que le but de la simplification ne semble pas être atteint ici.

III. Conclusion

La Fédération des Entreprises Romandes accueille favorablement les modifications des dispositions de la LDIP. La présente modification précitée a en effet pour but de simplifier et d'élargir les procédures de reconnaissance de faillites étrangères. Elle ne met pas en péril les intérêts des créanciers qui sont domiciliés en Suisse, lesquels auront toujours la possibilité de faire valoir leurs créances, soit dans le cadre d'une procédure ancillaire, soit directement à l'encontre de la succursale de l'entreprise étrangère sans qu'une requête de reconnaissance de faillite n'ait été déposée contre cette dernière.

La Fédération des Entreprises Romandes attire cependant l'attention du Département fédéral de la justice et police qu'il convient de maintenir des procédures simples et accessibles afin de ne pas surcharger les administrations cantonales qui mettent en œuvre ces procédures.

Nous vous remercions pour l'attention que vous porterez à ce courrier.

Veuillez croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre parfaite considération.



Blaise Matthey
Secrétaire général



Robert Angelozzi
Juriste, FER Genève

² Andreas Bucher, *Commentaire romand – Loi sur le droit international privé*, première édition 2011, mise à jour le 9 novembre 2015, ad art. 166 – 175 LDIP

³ Andreas Bucher, *op. cit.*, ad art. 166 – 175 LDIP



Poststrasse 25, 3071 Ostermundigen

Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

3071 Ostermundigen, 20. Januar 2016

Vernehmlassung zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Konkurs und Nachlassvertrag)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin,
sehr geehrter Herr Prof. Dr. Rodriguez,
sehr geehrte Damen und Herren

Für die Gelegenheit, uns zum oben erwähnten Gesetzesentwurf äussern zu können, danken wir Ihnen bestens.

Zu Art. 166 Abs. 1 EIPRG:

Die vorgeschlagene Änderung mit der Aufgabe des Gegenrechtserfordernisses erscheint sinnvoll und wird sehr begrüsst.

Zu Art. 166 Abs. 2 EIPRG:

Der Begriff der Zweigniederlassung gemäss Art. 166 Abs. 2 IPRG meint nicht die Zweigniederlassung im Sinne von Art. 935 OR, sondern denjenigen der Geschäftsniederlassung gemäss Art. 50 Abs. 1 SchKG (Basler Kommentar BERTI/MABILLARD, IPRG, 2013, Art.166 N 45). Folglich sollte bei der vorliegenden Gelegenheit nun die terminologische Inkongruenz behoben und der Begriff der Zweigniederlassung durch denjenigen der Geschäftsniederlassung ersetzt werden.

Ein Verfahren nach Art. 50 Abs. 1 SchKG bereits ab Stellung des Antrags auf Anerkennung auszuschliessen, erscheint uns nicht angebracht. Die Stellung eines Antrags führt nicht zwingend zu einer Anerkennung und das entsprechende Verfahren kann durchaus längere Zeit in Anspruch nehmen. Die vorgeschlagene Bestimmung hätte zur Folge, dass der Schuldner während der Dauer des Anerkennungsverfahrens vor der Zwangsvollstreckung gegen die schweizerische Niederlassung geschützt wäre. Weiss ein Niederlassungsgläubiger zufällig von diesem Anerkennungsverfahren, würde er wohl auf irgendwelche Bemühungen verzichten, was zu späteren Konkursöffnungen und damit in der Regel zu kleineren Konkursmassen führen würde. Weiss er es nicht und ist dem angerufenen Gericht am Ort seiner Bemühungen das laufende Anerkennungsverfahren nicht bekannt, würde er sich letztlich durch Hinfall des von ihm angestregten Verfahrens düpiert sehen. Unseres Erachtens sollte deshalb erst der Anerkennungsentscheid zum Ausschluss eines Verfahrens nach Art. 50 Abs. 1 SchKG führen.

Ist über einen ausländischen Schuldner im Ausland der Konkurs eröffnet worden, und hat er eine Zweigniederlassung im schweizerischen Handelsregister eintragen lassen, sollte das Anerkennungsverfahren nur am Ort der Zweigniederlassung stattfinden können. Dies würde eine

Ergänzung von Art. 167 IPRG bedingen, hätte aber den Vorteil, dass die umgehende Publikation des Anerkennungsentscheids durch einen entsprechenden Handelsregistereintrag gewährleistet wäre.

Zu Art. 170 Abs. 3 EIPRG:

Dass ein Konkurs aufgrund der Anerkennung einer ausländischen Konkursöffnung im summarischen Verfahren durchgeführt werden soll, ist zu begrüssen. Ob es allerdings Sinn macht, die Möglichkeit eines ordentlichen Verfahrens vorzusehen, ist zu bezweifeln. Die Prognose kann ohne Weiteres gewagt werden, dass dieser Teil der neuen Bestimmung tot Buchstabe bleiben würde. Zudem ist zu bedenken, dass eine ausseramtliche Konkursverwaltung eine Haftung des Kantons begründen kann (Art. 5 Abs. 1 SchKG). Es müsste deshalb verhindert werden, dass eine ausländische ausseramtliche Konkursverwaltung eingesetzt würde, welche im Falle eines Fehlverhaltens schon nur aufgrund ihres ausländischen Sitzes nicht oder nur mit übermässigen Kosten belangt werden könnte.

Zu Art. 171 EIPRG:

Gegen die Berechnung der *Verdachtsfristen* ab ausländischer Konkursöffnung ist so lange nichts einzuwenden, als auch die Tätigkeit der Geschäftsniederlassung mit der ausländischen Konkursöffnung endete. Heikler erscheint die Berechnung der Verjährungsfrist für die Anfechtungsrechte gemäss Art. 292 Ziff. 2 SchKG ab demselben Zeitpunkt. Dies kann dazu führen, dass insbesondere Anfechtungsrechte, welche sich aus Unterlagen einer Geschäftsniederlassung ergeben, bereits verjährt sind, bevor der ausländische Konkurs in der Schweiz anerkannt worden ist und die ausländische oder die Konkursverwaltung des Anschlusskonkurses tätig werden konnte. Vor allem aber sollte es nicht dazu kommen, dass die Verjährungsfrist zwei, drei Monate nach dem Anerkennungsentscheid abläuft, da dies die Konkursverwaltung des Anschlusskonkurses ungerechtfertigten Haftungsstreitigkeiten aussetzen könnte. Eine Lösung für das letztgenannte Problem könnte darin liegen, dem Anerkennungsentscheid eine verjährungsunterbrechende Wirkung zuzuschreiben. Wir schlagen daher folgende Ergänzung von Abs. 1 vor: "Die Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets unterbricht die Verjährung nach Art. 292 SchKG."

Zu Art. 172 Abs. 2 EIPRG:

Gemäss Art. 172 Abs. 2 IPRG können nur Pfandgläubiger und privilegierte Gläubiger eine Kollokationsklage erheben. Hier besteht im geltenden Recht eine Lücke, indem die von der Zulassung einer unberechtigten pfandgesicherten oder privilegierten Forderung betroffenen übrigen Gläubiger sich, anders als in einem schweizerischen Konkurs, nicht durch Erhebung der so genannten negativen Kollokationsklage wehren können. Die Revision der Bestimmung sollte zum Anlass genommen werden, diese Lücke zu schliessen und die Regelung von Art. 172 Abs. 2 IPRG dahingehend zu ändern, dass – wenn nicht alle übrigen berechtigten Konkursgläubiger – zumindest die ausländische Konkursverwaltung, als Vertretung der nicht pfandgesicherten oder privilegierten Gläubiger, eine derartige Klage erheben kann. Wir schlagen daher folgende Formulierung von Art. 172 Abs. 2 IPRG vor: "Zur Kollokationsklage nach Artikel 250 Abs. 1 SchKG sind nur Gläubiger nach Absatz 1, zur Kollokationsklage nach Artikel 250 Abs. 2 SchKG die Gläubiger nach Absatz 1 sowie die ausländische Konkursverwaltung berechtigt."

Zu Art. 174a EIPRG:

Es wird allgemein begrüsst, dass auf die Durchführung eines Hilfsverfahrens verzichtet werden kann, wenn sich kein Gläubiger einer pfandgesicherten oder privilegierten Forderung gemeldet hat. In der Vergangenheit wurden regelmässig solche Verfahren durchgeführt, obwohl überhaupt keine Schweizer Gläubiger vorhanden waren. In der Annahme, dass nach Eröffnung des Verfahrens der Schuldenruf durch das Konkursamt zu veranlassen ist, sollte – wenn kein Gläubiger eine pfandgesicherte oder privilegierte Forderung angemeldet hat – nicht nur die ausländische Konkursverwaltung, sondern auch das schweizerische Konkursamt dem Gericht den Verzicht auf die Fortführung und die Schliessung des Hilfsverfahrens beantragen können.

Zu Art. 174b, 174c und 175 zweiter Satz EIPRG:

Keine Bemerkungen.

Zu Art. 244a ESchKG:

Dieser Artikel soll offensichtlich die für inländische Verfahren geltende Regelung von Art. 63 KOV auf die im Ausland anhängigen Prozesse ausweiten. Da sich Art. 63 KOV letztlich auf Art. 207 SchKG abstützt, müsste eine Bestimmung zu diesem analogen Thema unseres Erachtens eher als Art. 207a SchKG eingefügt werden.

Der Vorschlag wird jedoch insbesondere aus folgenden Gründen dezidiert abgelehnt:

Gemäss Art. 207 SchKG werden Zivilprozesse, in welchen der Schuldner Partei ist und welche den Umfang der Konkursmasse beeinflussen, durch die Konkursöffnung eingestellt. Es gibt jedoch keinerlei Gewähr dafür, dass ein ausländisches Gericht im Falle der Konkursöffnung über eine schweizerische Partei einen über diese in der Schweiz eröffneten Konkurs sowie die zuständige Konkursverwaltung überhaupt anerkennen und auf deren Begehren ein hängiges Verfahren einstellen bzw. sistieren würde. Das Konkursamt müsste deshalb unter Umständen sofort, ohne Kenntnis der finanziellen Situation der Konkursmasse sowie der Chancen und Risiken des Prozesses und schliesslich ohne die vielleicht noch unbekanntem Gläubiger an der Entscheidung beteiligen zu können, über die Weiterführung des Prozesses entscheiden.

Ob der allenfalls im Ausland ergehende Entscheid in der Schweiz anerkennungsfähig sein wird, wird in vielen Fällen eine komplexe Frage sein, die nicht ohne umfassende Kenntnis des Streitgegenstands, des Standes des ausländischen Prozesses und rechtlicher Abklärungen beurteilt werden kann. Aufgrund der vorgeschlagenen Formulierung müsste die Konkursverwaltung den Entscheid über die Anerkennung eines Urteils verbindlich vorwegnehmen, bevor das Urteil überhaupt ergangen ist. Dies ist unangemessen und beraubt die Konkursmasse der Möglichkeit, sich gegen Verfahrensmängel und Willkürentscheide zu wehren, die erst mit dem Urteil erkennbar werden.

Hinzu kommt, dass das Eintreten in einen Prozess im Ausland ohnehin in den meisten Fällen infolge Unkenntnis des Rechtssystems und eventueller Sprachproblemen wesentlich aufwendiger und teurer sein wird, als dies bei einem Verfahren in der Schweiz der Fall wäre. Aufgrund des in manchen Ländern herrschenden Anwaltszwangs könnte allenfalls nicht einmal eine Sistierung des Verfahrens ohne grössere Kosten beantragt werden.

Weiter ist ungeklärt, ab welchem Zeitpunkt ein ausländisches Verfahren überhaupt zu berücksichtigen ist. Nach der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung reicht dafür die Rechtshängigkeit oder die Durchführung einer Schlichtungsverhandlung nicht aus. Vielmehr ist zumindest eine Klagebegründung erforderlich (BGE 113 III 134 E. 4b). An diesem Erfordernis ist unbedingt festzuhalten, ist die Kollokationsverfügung doch grundsätzlich sowohl für die Konkursverwaltung, die Gerichte wie auch die Gläubiger die effizienteste Lösung, um einen Entscheid über Bestand und Höhe einer zweifelhaften Forderung herbeizuführen.

Schliesslich beträgt in manchen Ländern die Dauer von Gerichtsverfahren ein Mehrfaches eines schweizerischen Prozesses. Die im Entwurf enthaltene Voraussetzung der Erwartung, dass innert angemessener Frist ein in der Schweiz anerkennbarer Entscheid gefällt wird, ist höchst unbestimmt. Es ist vorzusehen, dass diese Einschränkung nur in seltenen Fällen erhebliche Verzögerungen verhindern wird. Dass nun aber schweizerische Konkursverfahren wegen eines ausländischen Gerichtsverfahrens unnötigerweise um mehrere Jahre verlängert werden, ist mit der Zielsetzung von Art. 270 Abs. 1 SchKG kaum zu vereinbaren.

Zusammenfassend besteht aus unserer Sicht kein Grund an der geltenden Rechtslage (vgl. KREN KOSTKIEWICZ, SchKG Kommentar, 19. A., Zürich 2016, Art. 247 N 8) etwas zu ändern. Etwas Derartiges sollte nicht einseitig und allgemein, sondern mittels durchaus wünschenswerten – allenfalls multilateralen – Staatsverträgen angestrebt werden.



Zu Art. 37g Abs. 4^{bis} EBankG:

Vgl. die Bemerkungen zu Art. 172 IPRG hievor.

Zu den Staatsverträgen mit deutschen Teilgebieten:

Wir halten Staatsverträge im Bereich des Vollstreckungsrecht für nötig und hilfreich. Unter diesem Gesichtspunkt sollten diese Verträge nicht aufgehoben werden. Zuzugeben ist allerdings, dass sie an zwei erheblichen Mängeln kranken. So decken sie sowohl in Deutschland wie geringerem Masse auch in der Schweiz nur Teilgebiete ab. Zudem sind sie sehr summarisch formuliert und damit sehr auslegungsbedürftig. Es kommt aber doch immer mal wieder vor, dass sie insbesondere im direkten Umgang mit Privaten in den Vertragsgebieten die Arbeit zu erleichtern vermögen.

Für die Kenntnisnahme unserer Ausführungen danken wir Ihnen im Voraus bestens.

Mit freundlichen Grüssen

Konferenz der Betreibungs- und
Konkursbeamten der Schweiz

Gerhard Kuhn, Sekretär

Roger Schober, Präsident



Lehrstuhl für Zivilprozessrecht,
Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Privatrecht
sowie Mediation
Prof. Dr. iur. Isaak Meier
Freiestrasse 15
CH-8032 Zürich
Telefon +41 44 634 30 51
Telefax +41 44 634 49 56
www.rwi.uzh.ch/meier/

UZH, RWI, Lehrstuhl Prof. Dr. iur. Isaak Meier,
Freiestrasse 15, CH-8032 Zürich

Prof. Dr. iur. Isaak Meier
Ordinarius
Telefon +41 44 634 30 51
isaak.meier@rwi.uzh.ch

Herrn
PD Dr. **Rodrigo Rodriguez**, Rechtsanwalt
Wissenschaftlicher Berater
Leiter Dienststelle Oberaufsicht SchKG

Ab 1. Februar 2016
Rutschmann Schwaibold Partner
Dufourstrasse 48
Postfach 269,
CH-8024 Zürich
Telefon +41 44 217 70 10
isaak.meier@rwi.uzh.ch

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Bundesamt für Justiz BJ
Direktionsbereich Privatrecht
Stab
Bundesrain 20,
CH-3003 Bern

Zürich, 14. Januar 2016

Aufsatz EuZ: Neue EU-Insolvenzverordnung und Vorschlag zur Revision des internationalen Konkursrechts in der Schweiz

Lieber Rodrigo

Seit wenigen Tagen ist unser Aufsatz über die Änderungen der Verordnung (EU) Nr. 2015/848 (*sog. Eu-Insolvenzverordnung*) und die aktuellen Vorschläge zur Revision der schweizerischen Konkursrechtbestimmungen des IPRG in der ersten Nummer der Zeitschrift für Europarecht (EuZ) erschienen.

Wir möchten diesen Anlass nutzen, um Deine Aufmerksamkeit auf die von uns untersuchten Schwerpunkte dieser komplexen internationalen Materie zu ziehen. Da die Vernehmlassung immer noch am laufen ist und voraussichtlich bis zum 5. Februar 2016 dauern wird, wären wir Dir für die Berücksichtigung unserer Anmerkungen und Vorschläge sehr dankbar.

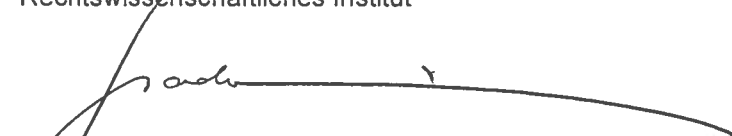
Für die Arbeiten im Vernehmlassungsverfahren lassen wir Dir den Aufsatz im Pdf-Format vorweg per E-Mail zukommen.

Einen Sonderdruck des publizierten Artikels haben wir Dir beigelegt.

Wir freuen uns auf Dein spannendes Feedback.

Mit freundlichen Grüsse

Universität Zürich
Rechtswissenschaftliches Institut


Prof. Isaak Meier
Ordinarius


Dott.ssa Camilla Giudici MLaw
Wissenschaftliche Assistentin

Beilage erwähnt

Neue EU-Insolvenzverordnung und Vorschlag zur Revision des internationalen Konkursrechts in der Schweiz: Behandlung des Unternehmens als wirtschaftliche Einheit in der Insolvenz

Isaak Meier*
Camilla Giudici**

Eine der grössten Herausforderungen des internationalen und europäischen Insolvenzrechts ist es, grenzüberschreitende Einzelunternehmen und Konzerne nicht nur effizient zu liquidieren, sondern auch, wenn sie wirtschaftlich überlebensfähig sind, zu sanieren.

I. Einleitung

Am 25. Juni 2015 ist die revidierte Europäische Insolvenzordnung (*sog. neue EuInsVO*) in Kraft getreten.¹ Damit sich staatliche Stellen der Mitgliedstaaten und die betroffenen Unternehmen auf die neue Regelung einstellen können, wird sie allerdings erst auf alle Insolvenzverfahren angewendet werden, die nach dem 26. Juni 2017 eröffnet worden sind (Art. 84 i.V.m. Art. 92 neue

¹ Verordnung (EU) Nr. 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates über Insolvenzverfahren vom 20. Mai 2015.

^{*} Prof. Dr. iur. Isaak Meier ist ordentlicher Professor für Zivilprozessrecht, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Privatrecht sowie Mediation an der Universität Zürich.

^{**} Dott.ssa Camilla Giudici MLaw ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Professor Isaak Meier an der Universität Zürich.

EuInsVO).² Die neue EuInsVO wird gemäss Art. 91 die ursprüngliche EuInsVO von 2000³ (*sog. alte EuInsVO*) ablösen.

Hauptziel der Verordnungsänderung ist es, internationale Insolvenzen effizienter abzuwickeln und insbesondere Sanierungen und Restrukturierungen von Unternehmungen mit Vermögen, Betriebsstätten und/oder Konzerngesellschaften in mehreren EU-Staaten zu erleichtern. Hierzu sind mit verschiedenen Instrumenten (z.B. verbesserte Koordination von Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren, Einführung eines «Gruppen-Koordinationsverfahrens» für Konzerngesellschaften usw.) die Chancen gesteigert worden, dass ein Unternehmen auch in der Insolvenz als wirtschaftliche Einheit behandelt werden kann.⁴

Im Bereich des Internationalen Zivilprozessrechts hat sich die Schweiz mit dem Lugano-Übereinkommen (LugÜ) erfolgreich dem Europäischen Rechtsraum angeschlossen.⁵ Im Internationalen Insolvenzrecht verfügt sie mit Art. 166 ff. IPRG jedoch nach wie vor über eine autonome Regelung,⁶ welche die internationalen insol-

venzrechtlichen Fragen sowohl im Verhältnis zu den EU-Mitgliedstaaten als auch gegenüber anderen Staaten regelt. Am 14. Oktober 2015 hat der Bundesrat einen Vorentwurf für eine Änderung von Art. 166 ff. IPRG in die Vernehmlassung geschickt.⁷

Auch wenn dies im erläuternden Bericht zum Vorentwurf nicht explizit zum Ausdruck kommt, verfolgt der Vorentwurf letztlich dieselben Ziele wie die neue EuInsVO. Der Vorentwurf will im Vergleich zum geltenden Recht mit ähnlichen Bestimmungen (Erleichterung der Anerkennung ausländischer Konkursdekrete, Koordination von Hilfs- und Niederlassungsverfahren usw.) den Einbezug von Vermögen, Betriebsstätten, Niederlassungen und Konzernunternehmungen in ein ausländisches Konkurs- und Sanierungsverfahren erleichtern und damit die Chancen für eine erfolgreiche Sanierung sowie eine effizientere Liquidation erhöhen.⁸

Nachfolgend werden das neue Europäische Insolvenzrecht und das schweizerische internationale Konkursrecht nach geltendem und geplantem Recht miteinander verglichen. Vorerst sind jedoch wichtige Begriffe zu klären:

- **Hauptinsolvenzverfahren:** Dabei handelt es sich um das Insolvenzverfahren, das beim COMI – *sog. centre of main interest oder Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen* (gemäss neuer EuInsVO) – oder im Wohnsitzstaat oder beim COMI des Schuldners (gemäss neuer IPRG) eröffnet wird;
- **Sekundärinsolvenzverfahren:** Darunter versteht man ein nachfolgend an das Hauptinsolvenzverfahren in einem andern EU-Mitgliedstaat eröffnetes Verfahren (gemäss neuer EuInsVO), in welchem Hoheitsgebiet sich Vermögen des Schuldners befindet; die Eröffnung des Sekundärinsolvenzverfahrens folgt auf Antrag des Hauptinsolvenzverwalters und ohne Überprüfung der Insolvenz des Schuldners;
- **Hilfsverfahren:**⁹ Hierunter verstehen wir das infolge der Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekrets (gemäss Art. 166 IPRG) in der Schweiz eröffnete Insolvenzverfahren, um die in der Schweiz belegenen Ver-

² Für die Anwendung der neuen EuInsVO hat der europäische Gesetzgeber drei Ausnahmen vorgesehen:

- Den Mitgliedstaaten steht eine längere Zeit zur Einrichtung und Unterhaltung in ihrem Hoheitsgebiet ein oder mehrere Register zur Verfügung, um Informationen über Insolvenzverfahren bekannt zu machen (*sog. Insolvenzregister*). Diese Informationspflicht gilt ab dem 26. Juni 2018 (Art. 24 i.V.m. Art. 92). Um den Inhalt dieser Insolvenzregister zu harmonisieren, hat der Europäische Gesetzgeber bestimmte Pflichtinformationen aufgelistet (Art. 24 Abs. 2);
- Der Europäischen Kommission steht eine längere Zeit zur Einrichtung eines dezentralen Systems durch die Vernetzung der Insolvenzregister im Europäischen Justizportal zur Verfügung, das für die Öffentlichkeit als zentraler elektronischer Zugangspunkt zu Informationen im System dient. Der Suchdienst des Europäischen Justizportals ist in allen Amtssprachen der Organe der Union verfügbar. Diese Vernetzungspflicht gilt ab dem 26. Juni 2019 (Art. 25 i.V.m. Art. 92). Bis dahin muss aber die Kommission die notwendige Richtlinie für die technische Einrichtung des Europäischen Justizportals erlassen (Art. 25 Abs. 2). Das Justizportal – IRI, ist schon seit Juli 2014 aktiv: abrufbar unter <https://e-justice.europa.eu/content_insolvency_registers-110-de.do> (6.10.2015);
- Vor der Anwendung der neuen EuInsVO auf die künftigen Insolvenzverfahren müssen die Mitgliedstaaten schon ab dem 26. Juni 2016, im Rahmen des durch die Entscheidung 2001/470/EG des Rates geschaffenen Europäischen Justiziellen Netzes für Zivil- und Handelssachen, eine kurze Beschreibung ihres nationalen Rechts und ihrer Verfahren zum Insolvenzrecht übermitteln (Art. 86 i.V.m. Art. 92). Den Mitgliedstaaten steht regelmässig eine Aktualisierungspflicht der übermittelten Informationen zu (Art. 86 Abs. 2).

³ Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates über Insolvenzverfahren vom 29. Mai 2000.

⁴ *Contra Rodrigo Rodriguez*, Rechtsvergleichende Betrachtungen de lege ferenda zum 11. Titel des IPRG, SZIER 2015, S. 402: «Die EU hat die EuInsVO gerade erst einer Revision unterzogen, eine Revision, die allerdings an den Grundpfeilern der bisherigen EuInsVO wenig ändert.»

⁵ Christian Oetiker/Thomas Weibel in: Christian Oetiker/Thomas Weibel (Hrsg.), Basler Kommentar Lugano-Übereinkommen, Basel 2011 [zit. BSK-Bearbeiter/in], Einleitung LugÜ N 10 ff.

⁶ Gerhard Walter/Tanja Domej, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. Auflage, Bern/Stuttgart/Wien 2012, S. 186 ff.; Isaak Meier, Internationales Zivilprozessrecht und Zwangsvollstreckungsrecht mit Gerichtsstandsgesetz, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 170 f.

⁷ Siehe Medienmitteilung des Bundesrates unter <<http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2015/2015-10-141.html>> (1.11.2015).

⁸ Vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Konkurs und Nachlassvertrag), abrufbar unter <<http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2015/2015-10-140/vn-ber-d.pdf>> (5.11.2015), S. 2.

⁹ Da die nationale sowie die internationale Gesetzgebung über Insolvenz stark auf die Konkurs- und Liquidationszwecke des Verfahrens fokussiert war, ist das Hilfsverfahren auch unter dem Begriff des *sog. Hilfskonkurses* bekannt. Siehe z.B. seine Anwendung in: Anton K. Schnyder/Mamuel Liato-witsch, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 158 ff.; Stephen V. Berti/Ramon Mabillard in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti, Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Auflage, Basel 2013, [zit. BSK-Bearbeiter/in], Vor Art. 166 ff. IPRG N 8.

Meier, Giudici —

Neue EU-Insolvenzverordnung und Vorschlag zur Revision des internationalen Konkursrechts in der Schweiz: Behandlung des Unternehmens als wirtschaftliche Einheit in der Insolvenz

- mögenswerte des ausländischen Schuldners in das ausländische Insolvenzverfahren einzubeziehen;
- *Partikularverfahren*: Darunter wird das selbstständige in einem Mitgliedstaat eröffnete Insolvenzverfahren (gemäss neuer EuInsVO) verstanden, wenn der Schuldner eine Niederlassung im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats hat.
- *Niederlassungskonkurs oder Niederlassungsverfahren*: Es handelt sich um das neben dem ausländischen Hauptinsolvenzverfahren selbstständige in der Schweiz (gemäss SchKG) gegenüber dem ausländischen Schuldner eröffnete Insolvenzverfahren, der hier eine Geschäftsniederlassung besitzt. Ziel ist die Befriedigung der lokalen Gläubiger einer Niederlassung des Schuldners.

Die neue EuInsVO erstreckt sich auch auf Verfahren, die eine Schuldbefreiung oder eine Schuldenanpassung in Bezug auf Verbraucher oder Privatpersonen bzw. Privathaushalte zum Ziel haben.¹⁰ In diesem Beitrag beschränken wir uns jedoch ausschliesslich auf Insolvenz von Unternehmenshandlungen.

II.

Neue EuInsVO

1. Allgemeines

a) Grundstruktur der neuen und alten EuInsVO

Die neue EuInsVO von 2015 ist, wie auch schon die alte Insolvenzverordnung von 2000, ein umfassendes internationales Insolvenzrecht der EU-Mitgliedstaaten. Dieses geht von folgenden Grundprinzipien aus:

- Für die Eröffnung des (Haupt-)Insolvenzverfahrens sind die Gerichte desjenigen Staates zuständig, in dessen Gebiet der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat (COMI). Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen ist, gemäss Verordnungsdefinition, der Ort, an dem der Schuldner gewöhnlich und für Dritte feststellbar der Verwaltung seiner Interessen nachgeht (Art. 3 Abs. 1 EuInsVO Nr. 2015/848). Die Zuständigkeit des Gerichts bei Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens wird nach neuem Recht von Amts wegen geprüft (Art. 4 Abs. 1 EuInsVO Nr. 2015/848).¹¹
- Die Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens in einem Mitgliedstaat entfaltet unmittelbar Wirkungen in allen EU-Staaten, ohne dass es einer besonderen

¹⁰ Vgl. Verordnung (EU) Nr. 2015/848 (Fn. 1) E. 10 und Anhang A.

¹¹ Die Überprüfung der Zuständigkeit von Amts wegen wurde zur Harmonisierung der unterschiedlichen EU-Mitgliedstaaten-Vorschriften über die gerichtliche Zuständigkeit eingeführt (vgl. z.B. italienische Codice di Procedura Civile und deutsche ZPO).

Anerkennung bedarf (Art. 20 EuInsVO Nr. 2015/848). Konkret bedeutet dies, dass der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens in einem anderen Mitgliedstaat alle Befugnisse ausüben kann, die ihm nach dem Recht seines Herkunftsstaates zustehen (Art. 7 i.V.m. Art. 21 EuInsVO Nr. 2015/848), solange in dem anderen Staat nicht ein weiteres (Sekundär-)Insolvenzverfahren eröffnet wird.

- Befindet sich Vermögen in einem anderen Land als dem Ort des Hauptinsolvenzverfahrens, kann auf Antrag des Hauptinsolvenzverwalters oder jeder anderen Person, welche dieses Land für ermächtigt bezeichnet (Art. 37 EuInsVO Nr. 2015/848), ein sog. *Sekundärinsolvenzverfahren* eröffnet werden, welches auf das in diesem Staat liegende Vermögen beschränkt ist (Art. 34 EuInsVO Nr. 2015/848).¹² Das Sekundärinsolvenzverfahren ist jedoch, anders als das schweizerische Hilfsverfahren nach Art. 166 Abs. 2 IPRG, nicht auf die lokalen Gläubiger beschränkt. Vielmehr können alle Gläubiger ihre Forderungen sowohl im Sekundärinsolvenzverfahren als auch im Hauptverfahren anmelden.
- Vor der Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens kann am Ort einer Niederlassung auf Antrag eines Gläubigers, der in diesem Staat wohnt oder dessen Forderung sich auf die Niederlassung bezieht, ein sog. *Partikularverfahren* eröffnet werden (Art. 3 Abs. 4 EuInsVO Nr. 2015/848). Dieses Verfahren unterscheidet sich an verschiedenen Stellen vom Niederlassungsverfahren nach schweizerischem Recht (vgl. hinten § III. 1. dd). Im Partikularverfahren werden lediglich zur Niederlassung gehörenden Vermögenswerten einbezogen, welche sich im Hoheitsgebiet des Staates befinden, in dem das Verfahren eröffnet worden ist. Das Niederlassungsverfahren umfasst grundsätzlich alle Vermögenswerte der Niederlassung, unabhängig davon, wo sie sich befinden. Sodann können am Partikularverfahren nicht nur wie im schweizerischen Niederlassungsverfahren die Niederlassungsgläubiger, sondern sämtliche Gläubiger teilnehmen. Das Europäische Partikularverfahren entspricht betreffend dem Kreis der Gläubiger und der einbezogenen Vermögenswerten einem Sekundärinsolvenzverfahren nach Art. 3 Abs. 2 ff. EuInsVO Nr. 2015/848. Konsequenterweise wird denn auch in neuem Recht vorgesehen, dass das Partikularverfahren nach Eröffnung des Hauptinsolvenzverfahrens zum Sekundärinsolvenzverfahren wird (Art. 3 Abs. 4 EuInsVO Nr. 2015/848).

¹² Dieses Sekundärinsolvenzverfahren wird nicht nur zum Schutz der inländischen Interessen, sondern zum Schutz der Forderungen aller Gläubigern eröffnet (vgl. EuInsVO Nr. 2015/848 (Fn. 1) E. 40).

- Die (neue und alte) EuInsVO bestimmt auch in weitem Umfang das anwendbare Recht für das Verfahren, die Rechte von Dritten an Vermögenswerten des Schuldners und das Anfechtungsrecht (Art. 7 ff. EuInsVO Nr. 2015/848).

b) Die Neuerungen der EuInsVO Nr. 2015/848 im Überblick

Das neue Europäische Insolvenzrecht versucht, fünf unterschiedliche rechtliche Aspekte der EuInsVO Nr. 1346/2000 zu verbessern:

- *Anwendungsbereich*: Erweiterung der ursprünglichen Definition der Insolvenz, um den Anwendungsbereich auf Verfahren in Eigenverwaltung und Vorinsolvenzverfahren zu erstrecken;
- *Gerichtliche Zuständigkeit*: Verstärkung der Bedeutung und präzisierten Anwendung des Mittelpunkts der Interessen des Schuldners (COMI) für die Feststellung der Gerichtszuständigkeit;
- *Sekundärinsolvenzverfahren*: Verbesserung der Koordination zwischen Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren und den zuständigen Gerichten für eine erfolgreiche Restrukturierung der Unternehmen;
- *Publizität der Verfahren und Forderungsanmeldung*: Erhöhung der Transparenz der grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren durch die Vernetzung der nationalen Insolvenzregister über das Europäische Justizportal;¹³
- *Unternehmensgruppen*: Schaffung einer Rechtsgrundlage für die Regelung der Insolvenz von mehreren Mitgliedern derselben Unternehmensgruppe und zur Einführung von Koordinationsmassnahmen.

Aufgrund der vorgeschlagenen Änderungen setzt die neue EuInsVO seine Ziele wie folgt: Die Effizienz des grenzüberschreitenden Insolvenzverfahrens zu verbessern und insbesondere eine höhere Quote von Rettungen wirtschaftlich bestandsfähiger Unternehmen, die sich jedoch in finanziellen Schwierigkeiten befinden, zu begünstigen und ihnen eine zweite Chance zu bieten.¹⁴

Des Weiteren sollen verschiedene Einzelprobleme gelöst werden, welche sich bei der Anwendung des Verfahrens ergeben haben.

¹³ IRI, aktiv seit Juli 2014: abrufbar unter <https://e-justice.europa.eu/content_insolvency_registers-110-de.do> (6.10.2015).

¹⁴ EuInsVO Nr. 2015/848 (Fn. 1) E. 10; vgl. Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zu der Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss: «Ein neuer europäischer Ansatz zur Verfahrensweise bei Firmenpleiten und Unternehmensinsolvenzen» und dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates über Insolvenzverfahren, Amtsblatt C 271/55 E. 2.1.1.

Meier, Giudici —

Neue EU-Insolvenzverordnung und Vorschlag zur Revision des internationalen Konkursrechts in der Schweiz: Behandlung des Unternehmens als wirtschaftliche Einheit in der Insolvenz

Diese Ziele und die entsprechenden Änderungen im neuen Europäischen Insolvenzrecht ergaben sich aus den Erfahrungen in der Anwendung der alten EuInsVO von 2000 in den letzten fünfzehn Jahren.

c) *Ziel der neuen EuInsVO und Gründe für die Rechtsänderungen*

Das Europäische Insolvenzrecht hat sich auch in der alten Fassung als erfolgreiche Lösung in grenzüberschreitenden Insolvenzen zwischen den Mitgliedstaaten bewährt.¹⁵ Wie die zahlreichen Entscheidungen des EuGH und die Vorabentscheidungsersuchen zur Auslegung der EuInsVO zeigen, haben sich die Grundprinzipien der EuInsVO, wie z.B. die Zuständigkeit für das Haupt-sacheverfahren am Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Unternehmens bzw. des Schuldners oder die Anerkennung der Entscheidungen ohne besonderes Anerkennungsverfahren sowie die Befugnisse des Hauptinsolvenzverwalters ausserhalb seines Herkunftslandes usw. grundsätzlich als praktikabel erwiesen.¹⁶

Das Hauptproblem der EuInsVO von 2000 war, dass sie in erster Linie auf die effiziente Liquidation und nur sehr beschränkt auf die Sanierung eines international tätigen Unternehmens ausgerichtet war. Auch in den nationalen Insolvenzrechten stand damals noch die «klassische» Funktion des Insolvenz- und Konkursrechts, nämlich die Unternehmensliquidation, im Vordergrund. Dies hat sich in den letzten fünfzehn Jahren grundlegend gewandelt. Die nach der EuInsVO von 2000 von den Mitgliedstaaten unternommenen Änderungen der eigenen Insolvenzgesetze gehen alle in die Richtung, Sanierungsverfahren als Alternative zum Konkursverfahren einzuführen.¹⁷ Viele Mitgliedstaaten hatten in oder vor dem Konkursverfahren (welches hingegen lediglich als Liquidationsverfahren geregelt ist) ein unabhängiges Verfahren, sog. *Stundungsverfahren* (das dem Nachlassstundungsverfahren des SchKG ähnelt), eingeführt, welches dem Unternehmen Zeit und Ruhe vor den Aktivitäten der Gläubiger verschafft, um einen Sanierungsplan auszuarbeiten.¹⁸ In der internationalen

¹⁵ Burkhardt Hess/Paul Oberhamme/Thomas Pfeiffer (Hrsg.), *European insolvency law: the Heidelberg – Luxembourg – Vienna report on the application of regulation no. 1346/2000/EC on insolvency proceedings* (external evaluation JUST/2011/JCIV/PR/0049/A4), München 2014, N 34.

¹⁶ EuGH C-557/13 vom 16. April 2015, *Hermann Lutz v. Elke Bäurle*; EuGH C-191/10 vom 15. Dezember 2011, *Rastelli Davide e C. Snc v. Jean-Charles Hidoux*; EuGH C-396/09 vom 20. Oktober 2011, *Interredil Srl*; EuGH C-341/04 vom 6. Mai 2006, *Eurofood IFSC Ltd*.

¹⁷ Burkhardt Hess/Paul Oberhamme/Thomas Pfeiffer (Hrsg.) (Fn. 21) N 35.

¹⁸ In den folgenden Staaten wurden unterschiedliche Formen von pre-insolvency proceedings geregelt: Österreich, Belgien, Estland, Frankreich, Deutschland, Griechenland, Irland, Italien, Lettland, Litauen, Malta, die Niederlande, Polen, Rumänien, Spanien, Schweden und Vereinigtes Königreich (siehe dazu EuInsVO Nr. 2015/848 (Fn. 1) Anhang A).

Diskussion werden diese Verfahren vielfach allgemein als «pre-insolvency proceedings» bezeichnet.¹⁹

Mit der neuen EuInsVO sollte dieser Entwicklung umfassend auch im internationalen Recht Rechnung getragen werden. Fast alle wichtigen Änderungen des neuen Rechts zielen darauf ab, in erster Linie die Sanierung eines überlebensfähigen Unternehmens zu ermöglichen und zu fördern. Eine (effiziente) Liquidation sollte erst erfolgen, wenn diese Bemühungen gescheitert sind. Die wichtigsten Mängel des alten Rechts, welche eine Rechtsänderung erforderten, waren folgende:

Um das Ziel der Sanierung erreichen zu können, musste zunächst der Anwendungsbereich der EuInsVO erweitert werden. Neben den traditionellen Insolvenzverfahren, in denen der Schuldner die Verfügungsbefugnis verliert, sollten neu auch die sog. «pre-insolvency proceedings» anerkannt werden können.²⁰

Dem Sanierungsgedanken stand auch das Sekundärinsolvenzverfahren nach altem Recht entgegen. Nach der alten EuInsVO von 2000 war das Sekundärinsolvenzverfahren grundsätzlich als Liquidationsverfahren gedacht (vgl. Art. 3 Abs. 3 EuInsVO Nr. 1346/2000). Im Weiteren erwies sich der Umstand, dass neben dem Hauptverfahren regelmässig Sekundärinsolvenzverfahren in verschiedenen Staaten stattfanden, als hinderlich. Im neuen Recht wird deshalb der Anwendungsbereich des Sekundärinsolvenzverfahrens eingeschränkt; falls es sich als unvermeidbar erweist, wird das Sekundärinsolvenzverfahren mit dem Hauptinsolvenzverfahren, auch im Hinblick auf eine umfassende Sanierung des Unternehmens, besser koordiniert.²¹

Die EuInsVO von 2000 hat die Insolvenz einer Unternehmensgruppe und damit auch ihre Sanierung nicht geregelt. Das alte Recht ging vom «Prinzip von separaten Insolvenzverfahren der Mitglieder der Gruppe» aus. Das hat in der Praxis verschiedentlich dazu geführt,²² dass Restrukturierungen und Sanierungen von Gruppen als Ganzes nicht möglich waren und ein Auseinanderbrechen der Gruppe zur Folge hatten.²³ Die neue EuInsVO führt deshalb erstmals die Definition der Unternehmensgruppe ein und sieht neue Vorschriften über Koordinie-

rungs- und Kooperationsmassnahmen für die Verwalter der Insolvenzverfahren jedes Mitglieds vor.²⁴

2. Instrumente zur Verbesserung der Effektivität des Insolvenzverfahrens und zur Erhöhung der Sanierungschancen in der neuen EuInsVO

a) Erweiterter Anwendungsbereich

Das alte Recht war auf Insolvenzverfahren beschränkt, welches die Insolvenz des Schuldners voraussetzte, dem Schuldner die Verfügungsbefugnis über sein Vermögen ganz oder teilweise entzog und die Einsetzung eines Insolvenzverwalters verlangte. Damit waren dem Wortlaut nach Sanierungsverfahren ausgeschlossen, gemäss welchen, wie im schweizerischen Nachlassverfahren und im Verfahren nach chapter 11 des US Bankruptcy Codes, der Schuldner weiterhin verfügungsbefugt ist und von ihm kein Nachweis der Insolvenz verlangt wird.

Das neue Recht stellt klar, dass auch diese Verfahren erfasst sind. In Art. 1 EuInsVO Nr. 2015/848 wird die Insolvenz als Voraussetzung für die neu erfassten Verfahren nicht mehr genannt; es reicht bereits aus, wenn die Wahrscheinlichkeit einer Insolvenz besteht. Im Weiteren werden in Abs. 1 lit. b dieser Bestimmung ausdrücklich auch Gesamtverfahren genannt, die das Vermögen – ohne Entzug der Verfügungsbefugnis des Schuldners – nur einer amtlichen Aufsicht unterstellen. Welche Verfahren hierunter fallen, ist im Anhang der EuInsVO für jeden Mitgliedstaat ausdrücklich genannt. Damit muss, wie schon im alten Recht, die unter Umständen schwierige Frage, welche Verfahren letztendlich darunter fallen, nicht beantwortet werden. Der Europäische Gesetzgeber hat die Auflistung der neuen EuInsVO mit allen Gesamtverfahren, die einen Sanierungszweck verfolgen, ergänzt.²⁵

Als Beispiel für ein solches Verfahren eines EU-Staates, welches nunmehr ebenfalls erfasst ist, kann das italienische Concordato preventivo angeführt werden, welches zum Teil mit dem schweizerischen Nachlassverfahren vergleichbar ist. Das Concordato preventivo ermöglicht dem Schuldner eine Sanierung seines Unternehmens in einer frühen Phase seiner wirtschaftlichen Schwierigkeiten. Wie für das schweizerische Nachlassverfahren muss der Schuldner keinen besonderen Insolvenzgrund geltend machen;²⁶ es reicht der Zustand von «imprenditore in crisi».²⁷ Das Gesuch zur Eröffnung dieser pre-insolvency proceeding mit Sanierungszwecken kann nach italienischem Recht lediglich vom Schuldner

¹⁹ Stefania Bariatti/Robert van Galen, Study on a new approach to business failure and insolvency – Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices (TENDER NO. JUST/2012/JCIV/CT/0194/A4), abrufbar unter <http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insol_europe_report_2014_en.pdf> (16.11.2015).

²⁰ EuInsVO Nr. 2015/848 (Fn. 1) E. 10, 11 und Anhang A.

²¹ Markus Fehrenbach, Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahrens: Zur sachgerechten Verfahrenskoordination bei grenzüberschreitenden Unternehmensinsolvenzen, Tübingen 2014, S. 301 ff.; EuInsVO Nr. 2015/848 (Fn. 1) E. 45 und 48.

²² EuGH C-341/04 (Fn. 22).

²³ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates über Insolvenzverfahren, C7-0413/12, Strassburg 12.12.2012, S. 3 f.

²⁴ EuInsVO Nr. 2015/848 (Fn. 1) E. 54.

²⁵ Contra Christoph G. Paulus (Fn. 13) Art. 1 N 6 ff.

²⁶ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) von 8. September 2010, BBl 2010 6479.

²⁷ Niccolò Abriani (a cura di), Diritto Fallimentare: Manuale breve, Milano 2013, S. 156.

Meier, Giudici —

Neue EU-Insolvenzverordnung und Vorschlag zur Revision des internationalen Konkursrechts in der Schweiz: Behandlung des Unternehmens als wirtschaftliche Einheit in der Insolvenz

und nicht von den Gläubigern gestellt werden. Im Unterschied zum Nachlassverfahren muss der Schuldner seinem Gesuch schon bei Antragstellung einen detaillierten Entwurf des Nachlassvertrags beilegen, welcher seine wirtschaftliche Umsetzbarkeit samt vorgesehenen Vorteilen für die Gläubiger aufzeigen muss.²⁸ Obwohl das Concordato preventivo eigentlich wie das Nachlassverfahren ein eigenständiges Verfahren ist, kann der Schuldner den entsprechenden Eröffnungsantrag auch im Rahmen eines Konkursverfahrens dem Konkursgericht stellen.

b) Einschränkung des Sekundärinsolvenzverfahrens und Koordinierung des Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahrens sowie Stärkung der Befugnisse des Hauptinsolvenzverwalters

aa) Problemstellung

Eine effektive Sanierung oder Liquidation eines Unternehmens ist oft nur möglich, wenn alle wichtigen Vermögens- und Betriebsteile unabhängig vom Lageort einbezogen werden können. Dies kann namentlich durch die Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens verunmöglicht oder erschwert werden, da es grundsätzlich zu einer Sonderbehandlung von Teilen des Unternehmens führt.

Schon das alte Recht hatte dieses Problem erkannt und namentlich in Art. 31 EuInsVO Nr. 1346/2000 Kooperations- und Unterrichtspflichten zwischen Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren vorgesehen. Im neuen Recht werden diese Pflichten erweitert und präzisiert. Zudem wird das Sekundärinsolvenzverfahren nicht mehr lediglich als Liquidations- sondern nunmehr auch als Sanierungsverfahren eröffnet. Ebenso wird der Anwendungsbereich des Sekundärinsolvenzverfahrens wesentlich eingeschränkt und damit die Befugnisse des Hauptinsolvenzverwalters in jenem Staat, in dem ein Sekundärinsolvenzverfahren an sich möglich wäre, gestärkt.

bb) Einschränkung des Sekundärinsolvenzverfahrens

Wie bereits erwähnt, wird in der neuen Insolvenzverordnung, der Anwendungsbereich des Sekundärinsolvenzverfahrens eingeschränkt.

Ein Sekundärinsolvenzverfahren kann vermieden werden, wenn der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens in Bezug auf das Vermögen, das sich im Mitgliedstaat des Sekundärinsolvenzverfahrens befindet, eine Zusicherung des Inhalts gibt, dass er bei der Verteilung dieses Vermögens im Hauptinsolvenzverfahren die Verteilungs- und Vorzugsrechte der Gläubiger des betroffenen Mitgliedstaats nach nationalem Recht gleich be-

²⁸ Cass. SS.UU. 23 gennaio 2013, Nr. 152 E. 2.1.

rücksichtigt, wie wenn ein Sekundärinsolvenzverfahren in diesem Mitgliedstaat eröffnet worden wäre (Art. 36 Abs. 1 EuInsVO Nr. 2015/848). Die Zusicherung erfolgt in schriftlicher Form und in der Amtssprache des Mitgliedstaats, in dem ein Sekundärinsolvenzverfahren hätte eröffnet werden können (Art. 36 Abs. 3 und 4 EuInsVO Nr. 2015/848).

Falls sog. lokale Gläubiger vorhanden sind, haben diese Gläubiger, bezüglich der Zusicherung, Mitwirkungs- und Anfechtungsrechte. Als lokale Gläubiger gelten Gläubiger, deren Forderungen aus oder in Zusammenhang mit dem Betrieb einer Niederlassung stehen (Art. 2 Ziff. 11 EuInsVO Nr. 2015/848). Die lokalen Gläubiger müssen die Zusicherung billigen (Art. 36 Abs. 5 und 6 EuInsVO Nr. 2015/848). Vor der Verteilung der Massegegenstände und Erlöse bekommen die lokalen Gläubiger eine offizielle Benachrichtigung des Verwalters; wenn die Benachrichtigung nicht dem Inhalt der Zusicherung oder dem geltenden Recht entspricht, können die betroffenen Gläubiger die Verteilung vor einem Gericht des Mitgliedstaats anfechten, in dem das Hauptinsolvenzverfahren eröffnet wurde. Bis zur Entscheidung des angerufenen Gerichts findet keine Verteilung statt (Art. 36 Abs. 7 EuInsVO Nr. 2015/848). Zudem können die lokalen Gläubiger auch ein Gericht des Mitgliedstaats anrufen, in dem ein Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet worden wäre, damit das Gericht entsprechende einstweilige Massnahmen oder Sicherungsmassnahmen trifft für die Gewährleistung des Inhalts der Zusicherung (Art. 36 Abs. 8 EuInsVO Nr. 2015/848).

Soweit kein Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet wird, umfasst das Hauptinsolvenzverfahren auch das in anderen Staaten belegte Vermögen des Schuldners.²⁹ Entsprechend werden auch die Befugnisse des Hauptinsolvenzverwalters erweitert. Er wird immer informiert und angehört, sobald ein neues Gesuch zur Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens gestellt wird (Art. 38 Abs. 1 EuInsVO Nr. 2015/848). Er wird die ganze Masse auch für die lokalen Gläubiger verwerten, und er kann z.B. auch für die lokalen Gläubiger einen geltenden Sanierungsplan vorschlagen. All das ist aufgrund von Art. 36 Abs. 1 EuInsVO Nr. 2015/848 mit Wahrung der Verteilungs- und Vorzugsrechte nach nationalem Recht möglich. Mit der Erweiterung seiner Befugnisse sind aber praktische Schwierigkeiten verbunden. Es muss sich nun im Rahmen von grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren um Verwalter handeln, die umfassende Kenntnisse des jeweiligen nationalen Insolvenz-

rechts der betroffenen Mitgliedstaaten haben oder die sich stets durch nationale oder lokale Berater begleiten lassen; die letzte Option ist natürlich mit einer Steigerung der Verfahrenskosten verbunden.

cc) Verstärkung der Koordination von Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren namentlich auch im Hinblick auf eine Sanierung

Im neuen Recht wird hervorgehoben, dass die Verwalter der Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren vor allem auch im Hinblick auf eine Sanierung zusammenarbeiten sollten. In der EuInsVO von 2000 war das Sekundärinsolvenzverfahren grundsätzlich als Liquidationsverfahren konzipiert (vgl. Art. 3 Abs. 3 EuInsVO Nr. 1346/2000).³⁰ Zudem haben die im alten Recht geltenden Normen für die Koordinierung von Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren in der Praxis gezeigt, dass sie für ein effizientes Koordinationssystem nicht ausreichten.³¹

Die beiden Verwalter der Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren sind verpflichtet, einander so bald wie möglich alle Informationen mitzuteilen, die für das jeweilige andere Verfahren von Bedeutung sein können, insbesondere alle Informationen über Massnahmen zur Rettung oder Sanierung des Schuldners oder zur Beendigung des Insolvenzverfahrens. Bei allfälligen Möglichkeiten einer Sanierung müssen die Verwalter nun die Ausarbeitung und Umsetzung eines Sanierungsplans koordinieren (Art. 41 EuInsVO Nr. 2015/848).

Um das ganze grenzüberschreitende Insolvenzverfahren rasch zu erledigen, können zudem die für die zwei unterschiedlichen Verfahren zuständigen Gerichte direkt miteinander kommunizieren oder einander um Informationen und Unterstützung ersuchen (Art. 42 Abs. 1 EuInsVO Nr. 2015/848).

Der jeweilige Verwalter ist verpflichtet, jeden Teil eines Insolvenzverfahrens mit dem Gericht eines parallel laufenden Verfahrens zu koordinieren und sich kooperativ zu verhalten, soweit dies keine Interessenkonflikte nach sich zieht (Art. 43 EuInsVO Nr. 2015/848).

Die Kosten für die Zusammenarbeit und Kommunikation werden von jedem Gericht selbstständig getragen (Art. 44 EuInsVO Nr. 848/2015).

²⁹ Alfred Burgstaller/Rudolf Keppelmüller, Kapitel 7 Insolvenzrecht, in: Alfred Burgstaller (Hrsg.), Internationales Zivilverfahrensrecht, Wien 2000, N 7.86.

³⁰ Im Rahmen eines solchen Liquidationsverfahrens war eine Informations- und Kooperationspflicht, gemäss der alten Insolvenzverordnung, lediglich für die beteiligten Insolvenzverwalter der zwei Verfahren vorgesehen und nicht auch zwischen den Gerichten (EuInsVO Nr. 1346/2000 (Fn. 3) Art. 31).

³¹ Caterina Pasini, La relazione della Commissione sull'applicazione del Regolamento (CE) N. 1346 del 2000: Prospettive di riforma, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile 2014, N 4.

Meier, Giudici —

Neue EU-Insolvenzverordnung und Vorschlag zur Revision des internationalen Konkursrechts in der Schweiz: Behandlung des Unternehmens als wirtschaftliche Einheit in der Insolvenz

c) *Ansatz eines Konzerninsolvenzrechts*

aa) *Problemstellung*

Unternehmen als wirtschaftliche Einheiten sind, wenn es sich um grössere Unternehmen handelt, rechtlich regelmässig als Konzerne ausgestaltet. D.h., sie bilden ein Konglomerat von mehreren rechtlich selbstständigen Gesellschaften (Mutter und mehrere Tochtergesellschaften). Von einer Insolvenz einer Gesellschaft sind meist alle Gesellschaften betroffen. Für eine effiziente Liquidation und Sanierung einer Unternehmensgruppe ist es erforderlich, dass die Insolvenzverfahren der einzelnen Gesellschaften möglichst eng koordiniert werden können.

Währendem das alte Recht das Problem der Konzerninsolvenz, welches eines der häufigsten und komplexesten Phänomene der zeitgenössischen Wirtschaft ist, völlig unbeachtet liess,³² ist im neuen Recht nunmehr ein weitreichendes Gruppen-Koordinationsverfahren vorgesehen.

bb) *Gruppen-Koordinationsverfahren nach Art 61 ff.*

EuInsVO Nr. 2015/848

Jeder Insolvenzverwalter einer Einzelgesellschaft eines Konzerns kann den Antrag auf die Eröffnung eines sog. *Gruppen-Koordinationsverfahrens* beim zuständigen Gericht eines Mitglieds der Gruppe stellen (Art. 61). Sobald ein solcher Antrag gestellt ist, erklären sich die in einem anderen Staat von einer anderen Gesellschaft später angerufenen Gerichte für unzuständig (Art. 62). Lediglich wenn zwei Drittel aller Insolvenzverwalter von Gesellschaften eines Konzerns ein anderes Gericht für besser geeignet erachten, ist dieses Gericht für die Eröffnung zuständig (Art. 66 Abs. 1). Die Wahl des Gerichts erfolgt als gemeinsame Vereinbarung in Schriftform (Art. 66 Abs. 2).

Mit der Eröffnung des Gruppen-Koordinationsverfahrens bestellt das zuständige Gericht insbesondere einen sog. *Koordinator*, d.h. einen Konzerninsolvenzverwalter (Art. 68 Abs. 1 lit. a). Dieser hat alsdann die Aufgabe, einen «Gruppen-Koordinationsplan» vorzuschlagen (Art. 72 Abs. 1 lit. b). Dieser beinhaltet unter anderem einen Sanierungsplan mit geeigneten und gezielten Massnahmen für den gesamten Konzern (Art. 72 Abs. 1 lit. b). Der Sanierungsplan ist allerdings für die einzelnen Insolvenzverwalter nicht verbindlich. Viel-

³² Christoph G. Paulus (Fn. 13) Einl. N 43. Die EuGH-Rechtsprechung hat diese Lücke im Urteil EuGH C-341/04 (Fn. 22) mit folgender Fiktion gefüllt. Sofern eine Tochtergesellschaft nicht im gleichen Mitgliedstaat wie die Muttergesellschaft ihrer statutarischen Sitz hat und keine für Dritte erkennbaren Geschäfte führt bzw. diese nur in der Umsetzung der Konzernrichtlinien bestehen, so stellt man für die Bestimmung des COMI auf jenes der Muttergesellschaft ab. Dies führt dazu, dass die Tochtergesellschaft in das gegen die Muttergesellschaft bereits eröffnete Verfahren einbezogen wird. Siehe auch High Court of Justice (Chancery Division Companies Court), 15. Juli 2005 (Collins & Aikman Europe SA). – EWHC 2005, 1754 (Ch).

mehr handelt es sich lediglich um Empfehlungen: Die Umsetzung des Gruppen-Koordinationsplans ist dem Insolvenzverwalter des einzelnen Mitglieds überlassen (Art. 70 Abs. 1 i.V.m. Art. 72). Allgemein hat der Koordinator das Recht, in jedem gegen die Mitglieder der Unternehmenseinheit eröffneten Insolvenzverfahren gehört zu werden (Art. 72 Abs. 2 lit. a). Er ist dafür zuständig, seinen Sanierungsplan den anderen Mitglieder zu illustrieren und sie davon zu überzeugen (Art. 72 Abs. 2 lit. b, c und e). Im Weiteren kann er Informationen anfordern, um die verschiedenen eröffneten Insolvenzverfahren zu koordinieren (Art. 72 Abs. 2 lit. d). Einen direkten Einfluss auf ein einzelnes Insolvenzverfahren kann er lediglich insofern nehmen, als er die Aussetzung eines Insolvenzverfahrens für sechs Monate beantragt, um die ordnungsgemässe Durchführung eines Sanierungsplans sicherzustellen (Art. 72 Ziff. 2 lit. e).

Unter bestimmten Voraussetzungen haben die Insolvenzverwalter von Konzerngesellschaften das Recht, ein Insolvenzverfahren vom Gruppen-Koordinationsverfahren auszunehmen (Art. 64 i.V.m. Art. 65). Falls sich das «Ausscheren» später als falsch erweist, kann der betreffende Verwalter später wieder ein «opt-in» beantragen (Art. 69 Abs. 2 lit. a).

Das neue Instrument des Gruppen-Koordinationsverfahrens und das Organ des Koordinators sind effiziente Mittel, um eine wirksame Verwaltung des Vermögens der Gruppenmitglieder in den Insolvenzverfahren zu ermöglichen, eine Sanierung der Unternehmenseinheit zu begünstigen und eine positive Auswirkung für die Gläubiger zu erzielen.³³ Dem Koordinator stehen zwar keine direkten Eingriffsrechte zu. Ob er seine anspruchsvollen Aufgaben als «Konzerninsolvenzverwalter» erfolgreich ausüben kann, wird deshalb stets von seiner Sachkompetenz und seinem Verhandlungsgeschick abhängig sein.

3. Schaffung von Transparenz und Anpassung an Praxisbedürfnisse

a) COMI

In Art. 3 befasst sich die EuInsVO Nr. 2015/848 mit der Problematik des Mittelpunkts der hauptsächlichen Interessen des Schuldners (*sog. centre of main interest – COMI*), welcher die Zuständigkeit für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens im internationalen Kontext bestimmt. Aufgrund der Praxisschwierigkeiten bei der Auslegung dieses Begriffs von Art. 3 in EuInsVO Nr. 1346/2000 hat sich der Europäische Gesetzgeber für eine detaillierte Definition entschieden. Diese neue Definition der Zuständigkeitsanknüpfung versucht das Risiko des

*sog. forum shopping*³⁴ zu vermeiden. Die Gerichtszuständigkeit wird dadurch bei grenzüberschreitender Insolvenz klarer, was wiederum der Rechtssicherheit dient. Die neue Vorschrift stellt eine allgemeine Definition des COMI zur Verfügung, unterscheidet aber zudem zwischen dem COMI einer Gesellschaft oder juristischen Person und dem COMI einer natürlichen Person mit einer selbstständigen Tätigkeit und einer natürlichen Person als Privatschuldner.

Die allgemeine Definition des COMI unterscheidet sich vom schweizerischen Konzept³⁵, welches auf den Begriff des Wohnsitzes oder des Sitzes (bei juristischen Personen) abstellt. In der Europäischen Rechtsordnung wird der COMI als Ort, an dem der Schuldner für Dritte erkennbar der Verwaltung seiner Interessen nachgeht, verstanden (Art. 3 Abs. 1 EuInsVO Nr. 2015/848). Diese Diskrepanz bezüglich der Bestimmung der Zuständigkeiten für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens kann im internationalen Kontext und im Rahmen einer grenzüberschreitenden Insolvenz, die sowohl EU-Mitgliedstaaten als auch Drittstaaten wie die Schweiz, betrifft, zu Spannungen führen.³⁶ Im Lichte der Rechtssicherheit ist eine die oben genannte Unstimmigkeit der Begriffe bedenklich.

Die alte Vermutung, dass sich das COMI bis zum Beweis des Gegenteils am Ort des Sitzes einer Gesellschaft befindet, wurde für Gesellschaften und juristischen Personen beibehalten; diese besondere Regel gilt aber nicht, wenn der Sitz drei Monate vor Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens in einen anderen Mitgliedstaat verlegt wurde. In diesem Fall kommen wieder die allgemeinen Regeln zur Anwendung.

Für eine natürliche Person mit einer selbstständigen Tätigkeit stimmt das COMI, bis zum Beweis des Gegenteils, mit ihrer Hauptniederlassung überein. Wurde die Hauptniederlassung in den drei Monaten vor Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens in einen anderen Mitgliedstaat verlegt, kommt die allgemeine Regel wieder zur Anwendung.

Für alle anderen natürlichen Personen vermutet man das COMI, bis zum Beweis des Gegenteils, am Ort ihres gewöhnlichen Aufenthalts. Diese Annahme gilt allerdings nur, wenn innerhalb von sechs Monaten vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens der gewöhnliche Aufenthalt nicht in einen anderen Mitgliedstaat verlegt wurde.

³⁴ Darunter versteht man die Wahlmöglichkeit des Klägers «die Gerichte desjenigen Staates zu wählen, dessen IPR zu dem für ihn günstigen materiellen Recht führt oder von dessen Rechtsordnung er sich aus anderen [prozessualen] Gründen eine für ihn günstigere Entscheidung verspricht» (Gerhard Walter/Tanja Domej (Fn. 6) S. 102).

³⁵ Art. 50 ff. SchKG und Art. 166 Abs. 1 i.V.m. Art. 21 Abs. 2 IPRG.

³⁶ Hans Hanisch, Die Vollstreckung von ausländischen Konkursurkenntnissen in der Schweiz, AJP 1999, S. 22.

³³ EuInsVO Nr. 2015/848 (Fn. 1) E. 57.

Meier, Giudici —

Neue EU-Insolvenzverordnung und Vorschlag zur Revision des internationalen Konkursrechts in der Schweiz: Behandlung des Unternehmens als wirtschaftliche Einheit in der Insolvenz

Nach der neueren Rechtsprechung des EuGH sind die drei oben genannten Vermutungen widerlegbar, wenn durch Dritte und objektive Elemente feststellbar ist³⁷, dass das COMI tatsächlich in einen anderen Mitgliedstaat verlegt wurde.³⁸

Mit diesen Änderungen hat der Europäische Gesetzgeber die Ergebnisse der Rechtsprechung des EuGH in die neue EuInsVO aufgenommen. Die beiden Aspekte des COMI-Begriffs waren bereits in EuInsVO Nr. 1346/2000, E. 13 enthalten und wurden durch die Rechtsprechung eingehend vertieft. Die gewöhnliche Verwaltung der Schuldnerinteressen einerseits und der Feststellbarkeit derselben für Dritte andererseits sind Teil der Definition des COMI geworden.³⁹

b) Einrichtung von Insolvenzregistern und Vernetzung

Eine neue Massnahme zur Verbesserung der Koordination zwischen Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren ist die Pflicht zur Einrichtung von Insolvenzregistern im Hoheitsgebiet jedes Mitgliedstaats und deren Vernetzung (Art. 24 Abs. 1 EuInsVO Nr. 2015/848). Aus diesem Register werden alle laufenden Insolvenzverfahren, welche gegen einen bestimmten Schuldner eröffnet wurden, bekannt gegeben.

Die Kosten für die Anpassung oder Einrichtung des Insolvenzregisters sowie für seine Verwaltung, seinen Betrieb und seine Pflege werden von jedem Mitgliedstaat getragen (Art. 26 Abs. 2 EuInsVO Nr. 2015/848). Um diese Kosten finanzieren zu können, ist es den Mitgliedstaaten erlaubt, eine angemessene Gebühr zu erheben (Art. 27 Abs. 2 EuInsVO Nr. 2015/848); gemäss Art. 24 Abs. 2 müssen sie aber die Pflichtinformationen (z.B. Datum der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, Personalien des Schuldners und des Verwalters usw.) gebührenfrei zur Verfügung stellen. Die Kosten für die Einrichtung, Unterhaltung und Weiterentwicklung des ganzen Systems sowie für die Vernetzung der einzelnen nationalen Register werden vom Gesamthaushalt der Union getragen (Art. 26 EuInsVO Nr. 2015/848). Die Kommission wird die technischen Voraussetzungen für den Austausch der Pflichtinformationen bis zum 26. Juni 2019 festlegen (Art. 25 Abs. 2 EuInsVO Nr. 2015/848).

³⁷ Das Urteil EuGH C-396/09 (Fn. 22) erklärt in E. 49, welche als durch Dritte erkennbare objektive Elemente zu verstehen sind: «Diesem Erfordernis der Objektivität und dieser Möglichkeit der Feststellung ist Genüge getan, wenn die zur Bestimmung des Ortes, an dem die Schuldnergesellschaft gewöhnlich ihre Interessen verwaltet, berücksichtigten konkreten Umstände bekannt gemacht wurden oder zumindest so transparent sind, dass Dritte, d. h. insbesondere die Gläubiger dieser Gesellschaft, davon Kenntnis haben konnten».

³⁸ *Carla Garlatti*, Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle procedure di insolvenza (rifusione), il Fallimento 2015, S. 511; siehe dazu auch EuGH C-396/09 (Fn. 22) E. 59.

³⁹ EuGH C-341/04 (Fn. 22) E. 31 ff. und EuGH C-396/09 (Fn. 22) E. 47 ff.

Die neue Vernetzungssystematik ist dann durch die öffentliche Bekanntmachung der Entscheidung zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens in jedem anderen Mitgliedstaat, in dem sich eine Niederlassung des Schuldners befindet, verstärkt (Art. 28 EuInsVO Nr. 2015/848). Der Insolvenzverwalter ist diesfalls verpflichtet, die Bekanntmachung der Eröffnung des Hauptverfahrens beim Mitgliedstaat des Sekundärinsolvenzverfahrens zu beantragen.

Obwohl die Daten in einer Europäischen Vernetzung zur Verfügung stehen, bleiben die Mitgliedstaaten für ihren Schutz verantwortlich (Art. 82 i.V.m. Art. 83 EuInsVO Nr. 2015/848).

c) Arbeitsverträge

Die Problematik der Auflösung der Arbeitsverhältnisse in insolventen Konzernen und des Schutzes der Arbeitnehmer als privilegierte Gläubiger ist ein sehr aktuelles Thema, welchem sich der Europäische Gesetzgeber in der neuen EuInsVO angenommen hat.

Für die Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf einen Arbeitsvertrag und auf ein Arbeitsverhältnis ist immer noch ausschliesslich das Recht der Mitgliedstaaten anzuwenden.⁴⁰ Der Europäische Gesetzgeber hat sich aber um die Arbeitsverhältnisse von insolventen Konzernen gekümmert und hat dafür neue, klare Bestimmungen erarbeitet. Die neuen Bestimmungen der EuInsVO sorgen sich um die Verbesserung der Vorrechte der Arbeitnehmer auf europäischer Ebene.⁴¹ Wenn in einem Hauptinsolvenzverfahren Arbeitsverhältnisse von in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Betrieben aufgelöst oder abgeändert werden sollen, muss das zuständige Gericht oder die zuständige Verwaltungsbehörde des betroffenen Mitgliedstaats seine Zustimmung erteilen und zwar unabhängig davon, ob ein Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet worden ist oder nicht (Art. 13 Abs. 2 EuInsVO Nr. 2015/848). Es wird somit für die Auflösung von sämtlichen Arbeitsverträgen im Konzern die Anwendung des nationalen Arbeitsrechts sichergestellt. Das Erfordernis der Zustimmung der Gerichte und der Verwaltungsbehörden gemäss Art. 13 Abs. 2 EuInsVO Nr. 2015/848 garantiert auch, dass die nationalen Vorschriften über die Massenentlassungen wie z.B. die Pflicht zum Abschluss eines Sozialplans eingehalten werden müssen.

Falls gestützt auf eine Zusicherung nach Art. 36 EuInsVO Nr. 2015/848 auf die Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens verzichtet wird, kann die Begleichung von Lohnforderungen verringert oder eingeschränkt werden. Viele Mitgliedstaaten sehen deshalb

vor, dass den Arbeitnehmern des Konzerns ein sog. *Insolvenzgeld* oder eine *Insolvenzschiadigung* bezahlt wird. Die in den Mitgliedstaaten für die Auszahlung solcher Ansprüche zuständige Behörde gilt in Bezug auf die Zusicherung des eröffneten Hauptinsolvenzverfahrens als lokaler Gläubiger (Art. 36 Abs. 11 EuInsVO Nr. 2015/848). Mittels dieser Sonderanknüpfung versucht die neue EuInsVO die Vorrechte der Arbeitnehmer im Rahmen grenzüberschreitender Insolvenz auf europäischer Ebene zu gewährleisten.

III.

Art. 166 ff. IPRG und Vorentwurf zur Revision dieser Bestimmungen im Lichte der neuen EuInsVO

1. Allgemeines

a) Konzept des (geltenden) schweizerischen internationalen Konkursrechts im Vergleich zur EuInsVO

aa) Das schweizerische internationale Konkursrecht als autonomes Recht

Das schweizerische internationale Insolvenzrecht ist im Wesentlichen im nationalen Recht geregelt. Abgesehen von zwei alten bilateralen Staatsverträgen⁴² existiert kein Staatsvertragsrecht.

Wie es für ein autonomes Insolvenzrecht typisch ist, bestimmt das schweizerische Recht, in welchen schweizerischen Insolvenzfällen mit Auslandbezug ein Hauptinsolvenzverfahren eröffnet wird und wie in diesem Verfahren Tatbestände mit Auslandsberührung behandelt werden. Im Weiteren regelt das schweizerische Recht, ob und mit welchen Folgen ausländische Insolvenzverfahren anerkannt werden, falls sich Vermögen und Betriebsteile des insolventen Unternehmens in der Schweiz befinden.

Die Rechtsgrundlagen des schweizerischen internationalen Insolvenzrechts sind das SchKG⁴³ und das

⁴² Übereinkunft zwischen der schweizerischen Eidgenossenschaft und der Krone Württemberg von 1825 betreffend die Konkursverhältnisse und gleiche Behandlung der beiderseitigen Staatsangehörigen in Konkursfällen vom 12. Dezember 1825/13. Mai 1826 (LS 283.1); Übereinkunft zwischen den schweizerischen Kantonen Zürich, Bern, Luzern, Unterwalden (ob und nid dem Wald), Freiburg, Solothurn, Basel (Stadt- und Landteil), Schaffhausen, St. Gallen, Graubünden, Aargau, Thurgau, Tessin, Waadt, Wallis, Neuenburg, Genf sowie Appenzell AR und dem Königreich Bayern über gleichmässige Behandlung der gegenseitigen Staatsangehörigen in Konkursfällen vom 11. Mai/27. Juni 1834 (LS 283.2); Übereinkunft zwischen den schweizerischen Kantonen Zürich, Bern, Luzern, Uri, Schwyz, Zug, Freiburg, Solothurn, Basel (beide Landesteile), Schaffhausen, Graubünden, Aargau, Thurgau, Tessin, Waadt, Wallis, Neuenburg und Genf sowie Appenzell der äussern Rhoden einerseits und dem Königreich Sachsen andererseits über die gleichmässige Behandlung der gegenseitigen Staatsangehörigen in Konkursfällen vom 4./18. Februar 1837 (LS 233.23).

⁴³ Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1989.

⁴⁰ Vgl. Art. 10 EuInsVO Nr. 1346/2000 und Art. 13 EuInsVO Nr. 2015/848.

⁴¹ EuInsVO Nr. 2015/848 (Fn 1) E. 22.

Meier, Giudici —

Neue EU-Insolvenzverordnung und Vorschlag zur Revision des internationalen Konkursrechts in der Schweiz: Behandlung des Unternehmens als wirtschaftliche Einheit in der Insolvenz

IPRG⁴⁴. Das Hauptinsolvenzverfahren sowie der Niederlassungskonkurs sind im SchKG, das Hilfsverfahren in Art. 166 ff. IPRG geregelt.

bb) Schweizerisches Hauptinsolvenzverfahren bei Insolvenzen mit Auslandsbezug

Ein Hauptinsolvenzverfahren wird grundsätzlich in der Schweiz eröffnet, wenn der Schuldner Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz hat (Art. 46 SchKG).

Es gilt ein weitgehend uneingeschränktes Prinzip der Universalität. Das heisst insbesondere: Grundsätzlich umfasst die Masse auch im Ausland gelegenes Vermögen (Art. 197 SchKG i.V.m. Art. 27 Abs. 1 KOV⁴⁵). Es werden alle Gläubiger unabhängig von ihrem Wohnsitz oder Sitz zugelassen. Aus schweizerischer Sicht kann der Konkursverwalter auch im Ausland Handlungen vornehmen, soweit dies das ausländische Recht erlaubt.⁴⁶

Wie es für ein autonomes internationales Konkursrecht typisch ist, kann diese Universalität allerdings nur insoweit verwirklicht werden, als das betroffene ausländische Recht hierfür Hand bietet und sie nicht einschränkt.

cc) Anerkennung von ausländischen Hauptverfahren und damit verbundene Rechtsfolgen in Hilfsverfahren nach IPRG

Befinden sich in der Schweiz Vermögenswerte eines Schuldners, über den hier kein Hauptinsolvenzverfahren eröffnet werden kann, ist die schweizerische Behörde bereit, ein ausländisches Hauptinsolvenzverfahren anzuerkennen (Art. 166 IPRG). Die Anerkennung erfolgt jedoch anders als in der EuInsVO nicht automatisch. Vielmehr ist hierzu eine gerichtliche Entscheidung über die Anerkennung notwendig.

Voraussetzungen für die Anerkennung sind nach geltendem Recht: (1) Erlass des Konkurserkennnisses am Sitz oder Wohnsitz des Schuldners;⁴⁷ (2) kein Ver-

⁴⁴ Bundesgesetz über das internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987.

⁴⁵ Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter vom 13. Juli 1911.

⁴⁶ Isaak Meier (Fn. 6) S. 196.

⁴⁷ Gemäss der schon erwähnten Diskrepanz-Problematik zwischen der Zuständigkeit in der Schweiz und derselben in Europa (siehe oben § II. 3. a), ist mit Wohnsitz der tatsächliche Sitz gemeint (BSK-Stephen V. Berti/Ramon Mabillard (Fn. 9) Art. 166 IPRG N 17).

stoss gegen den *ordre public*;⁴⁸ (3) der Herkunftsstaat des Insolvenzentscheides gewährt Gegenrecht.⁴⁹

Das schweizerische Recht ist unter diesen Voraussetzungen nicht nur bereit Konkursverfahren, sondern alle mögliche Formen von Insolvenzverfahren, insbesondere auch Sanierungsverfahren anzuerkennen. In Art. 175 IPRG heisst es nämlich, dass in der Schweiz neben Konkursdekreten auch «eine von der zuständigen Behörde ausgesprochene Genehmigung eines Nachlassvertrags oder eines ähnlichen Verfahrens» anerkannt wird. Hierzu gehören etwa auch die amerikanischen Sanierungsverfahren nach chapter 11 oder 13 des US Bankruptcy Codes.⁵⁰

Die Hilfeleistung zugunsten des ausländischen Insolvenzverfahrens bei dessen Anerkennung besteht insbesondere in der Eröffnung eines Hilfsverfahrens nach IPRG. Ob und in welchem Umfang der ausländische Konkursverwalter darüber hinaus befugt ist, in der Schweiz Rechtshandlungen vorzunehmen, wenn und solange kein Hilfsverfahren eröffnet worden ist, ist sehr umstritten.⁵¹ Das Bundesgericht steht klar auf dem Standpunkt, dass die ausländische Konkursverwaltung grundsätzlich lediglich ein (Rechts-)Hilfsverfahren beantragen kann.⁵² Der ausländische Verwalter hat jedoch, nach erfolgter Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets – abgesehen von der Befugnis zur Erhebung von Anfechtungsklagen gemäss Art. 285 SchKG, sofern das schweizerische Konkursamt und die kollozierten Gläubiger darauf verzichtet haben⁵³ – keinerlei Befugnisse,⁵⁴ selber Rechtshandlungen zur Admassierung von in der Schweiz gelegenen Vermögenswerten vorzunehmen.⁵⁵

Im Hilfsverfahren werden die in der Schweiz gelegenen Vermögenswerte des Schuldners admassiert (Art. 170 Abs. 1 IPRG). Von den Gläubigern werden lediglich die Pfandgläubiger und die privilegierten Gläubiger in das Verfahren einbezogen (Art. 172 Abs. 1 IPRG). Ergibt sich nach Befriedigung dieser Gläubiger ein Überschuss, wird dieser der ausländischen Konkursmasse bzw. dem ausländischen Verwalter herausgegeben, wenn die Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz im ausländischen Kollokationsplan «angemessen» berücksichtigt worden sind und dieser damit anerkannt werden kann (Art. 173 Abs. 2 und 3 IPRG).

Wird hingegen kein Antrag für ein Hilfsverfahren nach Art. 166 IPRG gestellt oder wird die Anerkennung aufgrund von fehlenden Voraussetzungen verweigert, steht den Gläubigern und dem ausländischen Insolvenzverwalter keine direkte Befugnis in der Schweiz zu. Das Konkursamt kann die zur ausländischen Konkursmasse gehörenden Rechte nur im Rahmen eines Hilfsverfahrens ausüben. Um sein in der Schweiz liegendes Vermögen liquidieren zu können, kann aber der Gemeinschuldner etwas unternehmen. Gemäss den ihm nach ausländischem Insolvenzverfahren verbliebenen Befugnissen kann er den ausländischen Insolvenzverwalter als Vertreter seiner Befugnisse bevollmächtigen.⁵⁶

dd) Niederlassungskonkurs

Neben einem Hauptkonkursverfahren kann in der Schweiz gegenüber ausländischen Schuldern, die hier eine Geschäftsniederlassung besitzen, ein selbstständiger Niederlassungskonkurs eröffnet werden (Art. 50 Abs. 1 SchKG). Dieses Verfahren ist in doppelter Hinsicht beschränkt: Am Konkurs können lediglich diejenigen (in- und ausländischen) Gläubiger teilnehmen, deren Forderungen aus der Tätigkeit der Niederlassung resultieren. Im Weiteren gehören zur Konkursmasse nur die (im In- und Ausland gelegenen) Vermögenswerte, die organisatorisch zur Geschäftsniederlassung gehören. Das Niederlassungsverfahren nach IPRG ist zum Teil (siehe oben § I. 1. a) das Äquivalent des Partikularverfahrens nach Art. 3 Abs. 4 lit. b Ziff. i) EuInsVO Nr. 2015/848.

Zwischen Hilfsverfahren nach Art. 166 ff. IPRG und Niederlassungskonkurs besteht keinerlei Koordination. D.h., ein Niederlassungskonkurs kann auch dann noch beantragt werden, wenn bereits ein Hilfsverfahren zur Umsetzung des anerkannten ausländischen Hauptverfahrens durchgeführt wird.

Da der Niederlassungskonkurs mit dem Zweck eröffnet wird, den Niederlassungsgläubigern eine Liquidation nach Niederlassungsregeln zu sichern, ähnelt er

⁴⁸ Die Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets wird sogar von Amtes wegen verweigert, falls diese Voraussetzung nicht erfüllt wird (BSK – Stephen V. Berti/Ramon Mabillard (Fn. 9) Art. 166 IPRG N 28).

⁴⁹ BGE 126 III 105 f., E. 2. d = Pra 2001 N 53 «Secondo la dottrina bisogna interpretare senza eccessiva rigidezza l'esigenza di reciprocità; quest'ultima deve essere ammessa quando il diritto dello Stato estero riconosce gli effetti di un fallimento straniero in misura sensibilmente equivalente – e non a condizioni rigorosamente identiche – al diritto svizzero; [...] è sufficiente che il diritto straniero riconosca una decisione svizzera in un'ipotesi identica a condizioni che non siano sensibilmente più sfavorevoli a quelle poste dal diritto svizzero per il riconoscimento di un decreto straniero di fallimento.»

⁵⁰ ZR 94 (1995) Nr. 63 S. 193 ff.

⁵¹ BGE 139 III 238 f., E. 4.2.; BGE 137 III 575; Daniel Staehelin, Konkurs im Ausland – Drittschuldner in der Schweiz, in: Hans Michael Riemer/Moritz Khun/Dominik Vock/Myriam A. Gehri (Hrsg.), Schweizerisches und Internationales Zwangsvollstreckungsrecht, Festschrift für Karl Spühler zum 70. Geburtstag, Zürich 2005, S. 408.

⁵² BGE 135 III 40 E. 2.5.1; BGE 134 III 366 = Pra 2008 N 144; BGE 130 III 620; BGE 129 III 683.

⁵³ BGE 137 III 374 E. 3; BGE 135 III 40 E. 2.5.1; BGE 129 III 683 E. 5.3.

⁵⁴ Er kann z.B. keine Betreibungshandlungen vornehmen, keine Klage gegen einen angeblichen Schuldner des Konkursiten erheben oder im Konkurs des Schuldners in der Schweiz keine Forderung eingeben (BGE 137 III 573 E. 2; BGE 135 III 40 E. 2.4 und 2.5; BGE 134 III 366 E. 9).

⁵⁵ Franco Lorandi, Handlungsspielraum ausländischer Insolvenzmassen in der Schweiz, AJP 2008, S. 561.

⁵⁶ Franco Lorandi (Fn. 62) S. 564.

Meier, Giudici —

Neue EU-Insolvenzverordnung und Vorschlag zur Revision des internationalen Konkursrechts in der Schweiz: Behandlung des Unternehmens als wirtschaftliche Einheit in der Insolvenz

dem Europäischen Sekundärinsolvenzverfahren, welches auch nach den Konkursregeln des Mitgliedstaats des belegen Vermögens eröffnet und geführt wird. Der grosse Unterschied ist, dass zum Niederlassungsverfahren lediglich die Niederlassungsgläubiger zugelassen (und befriedigt) werden, während im Sekundärinsolvenzverfahren jedoch alle angemeldeten Gläubiger ohne Privilegierung zugelassen sind (Art. 45 EulnsVO Nr. 2015/848). Dieses System privilegiert insbesondere die Niederlassungsgläubiger, welche, aufgrund einer fehlenden Koordination zwischen den Insolvenzverfahren,⁵⁷ noch allfällige Ausfälle im Hauptinsolvenzverfahren geltend machen können. Die neue Regelung schafft die Parallelität von Niederlassungsverfahren und Sekundärinsolvenzverfahren ab, da mit der Eröffnung des Hauptverfahrens das Niederlassungsverfahren (sog. *Partikularverfahren*) in ein Sekundärinsolvenzverfahren umgewandelt wird (Art. 3 Abs. 4 EulnsVO Nr. 2015/848).

b) *Vorentwurf zur Revision von Art. 166 ff. IPRG*

Am 14. Oktober 2015 hat der Bundesrat den Vorentwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) im Bereich Konkurs und Nachlassverfahren in die Vernehmlassung geschickt. Die Vernehmlassung dauert bis zum 5. Februar 2016.

Es werden folgende Neuerungen vorgeschlagen (die folgenden erwähnten Artikel beziehen sich auf die neue Fassung):⁵⁸

- *Verzicht auf das Erfordernis des Gegenrechtes*: Auf das Erfordernis, dass der Herkunftsstaat des Konkursentscheides ebenfalls bereit ist, ein schweizerisches Konkurserkennntnis anzuerkennen (Art. 166 Abs. 1 lit. c IPRG), wird verzichtet.
- *Erleichterung der Anerkennung durch Erweiterung der indirekten Zuständigkeit*: Nach Art. 166 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 und 2 IPRG sollen nicht nur am Sitz oder Wohnsitz, sondern auch am Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners ergangene Entscheide anerkannt werden, wenn der Schuldner nicht Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz hat.
- *Koordination zwischen Hilfs- und Niederlassungsverfahren*: Ein Niederlassungsverfahren kann lediglich solange eröffnet werden, als noch kein Antrag auf Anerkennung eines ausländischen Verfahrens gestellt wird (nämlich solange kein Antrag zur Eröffnung eines Hilfsverfahrens gestellt wird, Art. 166 Abs. 2 IPRG). Diese Regelung wird jede Doppelbefriedigung der privilegierten Niederlassungsgläubiger vermeiden.

⁵⁷ Art. 172 Abs. 2 IPRG gilt lediglich im umgekehrten Fall.

⁵⁸ Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Konkurs und Nachlassvertrag) (Fn. 8) S. 5 f.

- *Verzicht auf Durchführung eines Hilfsverfahrens nach IPRG:* Um das Hauptinsolvenzverfahren zu erleichtern und das in der Schweiz gelegene Vermögen sofort der ausländischen Konkursmasse zuführen zu können, wird auf die Durchführung eines Hilfsverfahrens verzichtet, wenn keine privilegierten Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz vorhanden sind (Art. 174a Abs. 1 IPRG).
- *Erweiterung der Handlungsbefugnisse des ausländischen Konkursverwalters:* Ist das ausländische Konkursdekret anerkannt und wird kein Hilfsverfahren eröffnet, wird der ausländische Insolvenzverwalter alle privatrechtlichen Befugnisse ausüben können, die dem Schuldner vor Konkurseröffnung zustanden (Art. 174a Abs. 2 IPRG).
- *Erstellung eines koordinierten Systems:* Werden mehrere Parallelverfahren gegen denselben Schuldner eröffnet, können die unterschiedlichen Insolvenzverwalter und die angerufenen Gerichte oder andere betroffene Behörden ihre Handlungen untereinander koordinieren und gegenseitig ihre Informationen austauschen (Art. 174b IPRG).
- *Anerkennung von konkursnäheren Entscheidungen:* Um mehr Rechtssicherheit zu schaffen, wird explizit darauf hingewiesen, dass nicht nur Konkursdekrete, sondern auch Entscheide bzw. Anfechtungsklagen oder Haftungsansprüche, die im Zusammenhang mit dem Konkursverfahren stehen, anerkannt werden (Art. 174c IPRG).

c) Fortgang der Untersuchung

Nachfolgend sollen die im Vorentwurf vorgeschlagenen Neuerungen nach denselben Gesichtspunkten untersucht werden, wie vorhin die Neuerungen der EuInsVO von 2015. D.h., es ist zunächst abzuklären, ob und falls ja welche Neuerungen in welchem Masse zur Erhöhung der Sanierungschancen und/oder der Chancen für eine optimale Liquidation der Masse beitragen. Hierauf werden die übrigen Neuerungen kurz besprochen.

2. Erhöhung der Sanierungschancen und optimale Liquidation durch die vorgeschlagenen Änderungen

a) Erleichterung der Anerkennung von ausländischen Insolvenzverfahren

aa) Grundsatz

Laut dem Vorentwurf soll, wie schon erwähnt, auf das Erfordernis des Gegenrechts verzichtet werden. Des Weiteren soll die Anerkennungsfähigkeit dadurch erweitert werden, dass nicht nur am Wohnsitz oder Sitz,⁵⁹ sondern auch am Mittelpunkt der Interessen ergangene Insolvenzscheidungen anerkannt werden, wenn der Schuldner

nicht in der Schweiz seinen Sitz oder Wohnsitz hat. Beide Vorschläge sind u.E. sehr zu begrüssen.

Dass der Herkunftsstaat ausreichend Gegenrecht gewährt, war oft nicht einfach nachzuweisen,⁶⁰ verursachte eine Verzögerung des Anerkennungsverfahrens aufgrund der Prüfungspflicht von Amtes wegen und führte zu zusätzlichen Kosten des ganzen Insolvenzverfahrens. Zudem macht es u.E. keinen Sinn, die im Interesse von Gläubigern und – im Falle der Sanierung – oft auch von Arbeitnehmern liegende Anerkennung abzulehnen, um den Staat zu «bestrafen», welcher kein Gegenrecht gewährt.

Wichtig ist auch die Angleichung des schweizerischen Rechts an die neue EuInsVO betreffend die indirekte Zuständigkeit. Die Mehrzahl der in der Schweiz anzuerkennenden Insolvenzeröffnungen dürfte aus einem EU-Mitgliedstaat stammen.⁶¹ Entsprechend ist es wichtig, dass die Schweiz die Voraussetzungen schafft, dass diese Entscheidungen, welche nach der EuInsVO am Interessenmittelpunkt des Schuldners ergehen, uneingeschränkt anerkannt werden können.

Die Erleichterung der Anerkennung und damit die Eröffnung des Hilfsverfahrens erhöhen die Chancen der Sanierung bzw. der effektiven Liquidation des betreffenden Unternehmens. Das Hilfsverfahren sichert die in der Schweiz gelegenen Vermögenswerte und Betriebsanteile zugunsten aller Gläubiger und gestattet eine Koordination von Sanierung oder Liquidation mit dem ausländischen Hauptverfahren (vgl. hierzu Funktion des Sekundärinsolvenzverfahrens gemäss Art. 34 ff. EuInsVO Nr. 2015/848).

Ohne bzw. vor der Anerkennung eines Insolvenzscheidens besteht in der Schweiz betreffend die hier gelegenen Vermögenswerte ein weitgehend «rechtloser» Zustand. Ohne Anerkennung entfaltet die ausländische Konkurserkennnis in der Schweiz keinerlei Wirkungen. Dies bedeutet, dass die Gläubiger in diesem Stadium uneingeschränkt berechtigt sind, das Vermögen des Schuldners mit Arrest⁶² zu belegen und Einzelzwangsvollstreckungen durchzuführen, um die inländische Belegenheit des Vermögenswerts zu sichern.⁶³ Ebenso kann der Schuldner, über den ein Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, aus der Sicht

⁵⁹ BSK-Stephen V. Bert/Ramon Mabillard (Fn. 9) Art. 166 Abs. 2 IPRG N 39.

⁶⁰ Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Konkurs und Nachlassvertrags) (Fn. 8) S. 5.

⁶¹ Beim Arrest in der Schweiz (Art. 271 SchKG) seitens ausländischer Gläubiger ist nach neuerer Rechtsprechung notwendig, dass das Schuldverhältnis in der Schweiz begründet wurde oder abzuwickeln ist; es genügt nicht, dass die Vermögenswerte des Schuldners sich einzig in der Schweiz befinden (BGE 135 III 608 = Pra 2010, N 63).

⁶² BSK-Stephen V. Bert/Ramon Mabillard (Fn. 9) Art. 166 Abs. 2 IPRG N 48.

⁵⁹ BGE 108 II 398 E. 3. a) und c) = Pra 1983 N 61.

Meier, Giudici —

Neue EU-Insolvenzverordnung und Vorschlag zur Revision des internationalen Konkursrechts in der Schweiz: Behandlung des Unternehmens als wirtschaftliche Einheit in der Insolvenz

des schweizerischen Rechts (wohl) weiterhin uneingeschränkt über sein Vermögen verfügen.⁶⁴

bb) Auslegung des Begriffs «Mittelpunkt der hauptsächlichlichen Interessen des Schuldners» (COMI) in Art. 166 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 und 2 IPRG

Eine interessante Frage ist, wie der Begriff des Interessensmittelpunkts des Schuldners in Art. 166 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 IPRG zu verstehen und auszulegen ist. U.E. ist er zunächst genauso zu verstehen wie derselbe Begriff in der neuen EuInsVO mit all seinen oben genannten Auslegungsproblematiken (siehe oben § II. 3. a). Mit der vorgeschlagenen Änderung des Gesetzes sollte ja gerade sichergestellt werden, dass die in einem EU-Mitgliedstaat eröffneten Insolvenzverfahren uneingeschränkt anerkannt werden können.

Mit der Aufnahme des Europäischen Begriffs COMI (siehe oben § II. 3. a) in das schweizerische IPRG hat der Bundesrat versucht, die *Inkorporations-* mit der *Sitztheorie*⁶⁵ in Einklang zu bringen. U.E. stellt sich nach dieser Änderung mithin die Frage, inwieweit die Systematik von Art. 154 IPRG, welcher in Abs. 1 primär auf die *Inkorporationstheorie* abstellt und sekundär auf die *Sitztheorie* zurückgreift, anzupassen ist. Die tatsächliche Verwaltung der Gesellschaft i.S.v. Art. 154 Abs. 2 IPRG wird nun nicht mehr als subsidiäre Anknüpfung⁶⁶ verstanden. Wie in der Lehre festgestellt wurde, wird nun der COMI-Begriff in Anlehnung an die *Inkorporationstheorie mit Fiktionsvorbehalt* definiert.⁶⁷

Da Art. 166 IPRG nicht nur das Verhältnis gegenüber EU-Mitgliedstaaten, sondern auch gegenüber den übrigen Drittstaaten regelt, muss dieser Begriff noch über denjenigen der EuInsVO hinausgehen. U.E. geht es darum, ausländische Insolvenzverfahren gegen Schuldner, welche keinen Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz haben, im Zweifelsfall anzuerkennen oder lediglich zu verweigern, wenn der Mittelpunkt der Interessen des Schuldners offensichtlich in einem anderen Staat liegt.

b) Anerkennungsfähige Arten von Insolvenzverfahren (Konkurs- und Sanierungsverfahren) und ihre Folgen für die Ausgestaltung des Hilfsverfahrens

Wie das Sekundärinsolvenzverfahren in der alten EuInsVO ist das Hilfsverfahren nach Art. 166 ff. IPRG in erster Linie auf die Liquidation des in der Schweiz gelegenen Vermögens und nicht auf den Erhalt der Vermögens-

⁶⁴ Peter Gottwald, *Grenzüberschreitende Insolvenzen*, München 1997, S. 25.

⁶⁵ Dazu siehe Anton K. Schnyder/Manuel Liatowitsch (Fn. 9) N 874; BSK-Stephan Eberhard/Andreas von Planta (Fn. 9) Art. 154 IPRG N 2 und 3.

⁶⁶ BSK-Stephan Eberhard/Andreas von Planta (Fn. 9) Art. 154 Abs. 2 IPRG N 12.

⁶⁷ Rodrigo Rodriguez (Fn. 4) S. 404.

werte im Hinblick auf die Sanierung des Unternehmens ausgerichtet. Die Art. 166 bis 174 IPRG beschreiben die Vorgehensweise bei konkursrechtlicher Liquidation der Vermögenswerte. Gerade einmal in einem Artikel, nämlich in Art. 175 IPRG, wurde lediglich am Rande erwähnt: «Eine von der zuständigen ausländischen Behörde ausgesprochene Genehmigung eines Nachlassvertrages oder eines ähnlichen Verfahrens wird in der Schweiz anerkannt. Die Art. 166–170 und Art. 174a–174c gelten sinngemäss. Die Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz werden angehört.» In Lehre und Praxis ist unbestritten, dass gestützt auf diese Bestimmung in der Schweiz alle Sanierungsverfahren anerkannt werden können,⁶⁸ welche auch unter die weite Umschreibung der neuen EuInsVO fallen (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Anhang A).⁶⁹ Völlig offen ist jedoch, wie bei der Anerkennung eines Sanierungsverfahrens vorzugehen ist und wie z.B. eine inzidente Anerkennung mit jener Anerkennung eines ausländischen Sanierungsverfahrens zu koordinieren ist.⁷⁰

Nach dem Vorentwurf wird sich an diesem Rechtszustand nichts ändern. U.E. wäre es zur Förderung der Sanierung eines Unternehmens sinnvoll, wenn der schweizerische Gesetzgeber wenigstens folgende Punkte klarstellen würde: (1) Anerkennungsfähig sind nicht nur (gerichtlich genehmigte) Nachlassverträge und Sanierungspläne, sondern auch schon Moratorien und Nachlassstundungen, welche dem Schuldner Zeit und einen rechtlichen Rahmen für eine Sanierung schaffen wollen. (2) Umschreibung der Voraussetzungen, unter denen ein Nachlass- oder Sanierungsplan anerkannt werden kann und soll.⁷¹

c) *Einschränkung des Hilfsverfahrens zugunsten eines direkten Handels des Hauptinsolvenzverwalters im Land, wo sich Vermögen oder Betriebsteile des Schuldners befinden*

aa) *Rechtslage nach neuer EuInsVO und der Vorentwurf zur Revision von Art. 166 ff. IPRG*

Im Hinblick auf eine effektive Sanierung und Liquidation eines insolventen internationalen Unternehmens ist es, wie wir gesehen haben, zunächst wichtig, dass ein Hauptinsolvenzverfahren in einem anderen Staat anerkannt wird. Wird ein Hilfsverfahren nach IPRG eröffnet,

ist es sodann erforderlich, dass dieses möglichst umfassend mit dem Hauptinsolvenzverfahren koordiniert wird. Zur Erreichung der genannten Ziele wäre es noch besser, wenn statt der Eröffnung eines Hilfsverfahrens direkt dem Hauptinsolvenzverwalter die Befugnis gegeben würde, im betreffenden Land zu handeln.

Die neue EuInsVO geht in diesen Bestrebungen sehr weit. Nach neuem Recht kann immer dann auf ein Sekundärinsolvenzverfahren verzichtet werden, wenn der Hauptinsolvenzverwalter die Zusicherung abgibt, dass die betroffenen Gläubiger genau gleich behandelt werden, wie wenn ein Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet worden wäre (Art. 36 EuInsVO). Der Hauptinsolvenzverwalter kann alsdann im betreffenden Land dieselben Befugnisse ausüben, die ihm nach dem Recht des eigenen Staates zustehen. Insbesondere kann er Vermögenswerte in die Masse überführen (Art. 21 Abs. 1 EuInsVO Nr. 2015/848); diese Vorschrift muss aber i.V.m. Art. 21 Abs. 3 EuInsVO Nr. 2015/848 gelesen werden, welche die Ausübung der Befugnisse des Verwalters unter Berücksichtigung des nationalen Rechts vorschreibt.⁷² Dabei muss er allerdings für eigentliche Vollstreckungshandlungen, insbesondere für die Verwertung, das örtliche Recht berücksichtigen. Im Weiteren darf er keine Zwangsmittel anwenden (Art. 21 Abs. 3 EuInsVO Nr. 2015/848).

Nach geltendem schweizerischem Recht hat der ausländische Hauptinsolvenzverwalter grundsätzlich keinerlei Befugnisse, in der Schweiz selber Handlungen vorzunehmen (siehe oben § III. 1. a) cc). Laut dem Vorentwurf soll jedoch der Hauptinsolvenzverwalter weitreichende Befugnisse erhalten. Nach Anerkennung des ausländischen Insolvenzverfahrens kann, gemäss Antrag des ausländischen Insolvenzverwalters, dann auf ein Hilfsverfahren nach IPRG verzichtet werden, wenn keine privilegierten Gläubiger vorhanden sind, was meist der Fall sein dürfte. Bei einem Verzicht kann der Hauptinsolvenzverwalter sämtliche Befugnisse ausüben, die, wie der Vorentwurf wörtlich sagt, «... dem Schuldner vor der Konkursöffnung zustanden, insbesondere das Vermögen ins Ausland verbringen und Prozesse führen» (Art. 174a Abs. 2 IPRG).⁷³ Der Bundesrat hat sich mit dieser Anpassung für umfassendere Befugnisse des ausländischen Hauptinsolvenzverwalters entschieden, da nun das in der Schweiz liegende Vermögen direkt der ausländischen Konkursmasse zur Verfügung gestellt wird.

⁶⁸ Lukas Bopp, Sanierung im Internationalen Insolvenzrecht der Schweiz, Basel 2004, zugl. Diss. Univ. Basel, 2004, S. 184. Siehe auch eine ausführliche Auflistung in: Paul Volken, Zürcher Kommentar, zum IPRG, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2004, [zit. ZK-Bearbeiter/in], Art. 175 IPRG N 12.

⁶⁹ BGE 140 III 379; BGE 115 III 148.

⁷⁰ Lukas Bopp (Fn. 75) S. 231 f.; in der Rechtsprechung wurde z.B. die Ansicht vertreten, dass «die Anerkennung einer im Ausland gewährten Nachlassstundung nicht ohne Weiteres die Eröffnung eines Hilfskonkurses in der Schweiz bewirkt»; ein Hilfsverfahren wäre dann, im Fall der Anerkennung einer ausländischen Nachlassstundung, lediglich notwendig, wenn privilegierte Gläubiger sich gemeldet haben (BGE 137 III 139 E. 2.2 = Pra 2011 N 85).

⁷¹ BSK-Lukas Bopp (Fn. 9) Art. 175 IPRG N 6.

⁷² Es ist aber nicht klar, in welchem Umfang ein ausländischer Verwalter seine Befugnisse nach öffentlichem Recht ausüben kann. Sicher ist, dass die Bestimmungen einer Europäischen Verordnung unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gelten (Art. 288 Abs. 2 AEUV).

⁷³ Siehe diesbezüglich neuere Rechtsprechung BGer 4A_380/2012.

Meier, Giudici —

Neue EU-Insolvenzverordnung und Vorschlag zur Revision des internationalen Konkursrechts in der Schweiz: Behandlung des Unternehmens als wirtschaftliche Einheit in der Insolvenz

bb) Beurteilung des Vorschlags im Vorentwurf zu Revision des IPRG

Der Vorschlag zur Einschränkung des Hilfsverfahrens zugunsten einer direkten Handlungsbefugnis des ausländischen Hauptinsolvenzverwalters ist, wie gesagt, sehr zu begrüßen. U.E. nach könnte der Vorschlag unter Berücksichtigung der EuInsVO noch in folgender Hinsicht präzisiert und verbessert werden:

Laut dem Vorentwurf setzt der Verzicht auf ein Hilfsverfahren nach IPRG voraus, dass die Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz im ausländischen Verfahren angemessen berücksichtigt werden (Art. 174a Abs. 1 IPRG). Ein solcher Entscheid steht nun im Ermessen des Gerichts,⁷⁴ welches zur Anhörung der Gläubiger verpflichtet ist (Art. 173 Abs. 3 IPRG).

Da es sich bei internationalen Verfahren (wohl) überwiegend um Insolvenzverfahren aus EU-Mitgliedstaaten handelt, könnte vom Hauptinsolvenzverwalter als Voraussetzung für das Absehen von einem Sekundärinsolvenzverfahren direkt eine analoge Gleichbehandlungszusicherung nach Art. 36 EuInsVO Nr. 2015/848 verlangt werden. Entsprechend könnte Art. 174a Abs. 1 IPRG (sinngemäss) mit folgendem Satz ergänzt werden: «Soweit möglich lässt das Gericht vom ausländischen Konkursverwalter zusichern, dass die Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz gleichbehandelt werden, wie wenn ein Sekundärinsolvenzverfahren durchgeführt worden wäre». Das würde die Befugnisse des ausländischen Insolvenzverwalters noch erweitern, den lokalen Gläubigern eine effektive Zusicherung gewähren und die Anhörungszuständigkeit des schweizerischen Gerichts abstellen.

Eine schwierige Frage ist u.E. auch, ob es sachgerecht und ausreichend wäre, wenn der ausländische Insolvenzverwalter zusätzlich zu den ihm nach aktuellem Recht bereits eingeräumten Befugnissen auch alle Handlungen, welche vor der Konkurseröffnung dem Schuldner zustanden, vornehmen könnte (so der Vorschlag in Art. 174a Abs. 2 IPRG). U.E. ist zunächst klar, dass der ausländische Insolvenzverwalter nicht privatrechtlich, sondern mit gesetzlicher Befugnis «hoheitlich» handelt.⁷⁵ Im Weiteren ist es u.E. nicht sachgerecht und nicht ausreichend, dieses hoheitliche Handeln nur in dem Umfange zuzulassen, wie auch privatrechtliche Organe handeln könnten. Wenn sich beispielsweise

⁷⁴ Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Konkurs und Nachlassvertrag) (Fn. 8) S 13.

⁷⁵ Gemäss der neuen Formulierung vom Art. 174 Abs. 2 IPRG ist es nicht klar, ob es sich um privatrechtliche Befugnisse handelt. Es wurde aber im Erläuternden Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Konkurs und Nachlassvertrag) (Fn. 8) ausgeführt, dass «die ausländische Konkursverwaltung [...] alle privatrechtlichen Befugnisse ausüben kann», S. 14. Er sieht aber keine Koordinationsmassnahmen mit dem nationalen Privatrecht vor.

in den Räumlichkeiten der insolventen ausländischen Gesellschaft Vermögenswerte mit Drittansprachen befinden, wäre es wünschenswert, dass der ausländische Insolvenzverwalter zur Abklärung der Drittrechte nach den Regeln von Art. 242 SchKG vorgehen müsste. Könnte der Insolvenzverwalter wie ein privatrechtliches Organ handeln, wäre er ohne Weiteres befugt, die betreffenden Vermögenswerte trotz Drittansprache ins Ausland zu verbringen. U.E. sollte deshalb statuiert werden, dass der ausländische Insolvenzverwalter sinngemäss nach den Regeln des SchKG vorzugehen habe. Wie in Art. 21 Abs. 3 EuInsVO wäre lediglich vorzusehen, dass der ausländische Verwalter für Zwangsmassnahmen die Hilfe der schweizerischen Behörden in Anspruch nehmen müsste.

d) *Koordination von Niederlassungskonkurs und Hilfsverfahren nach revidiertem IPRG*

Sehr zu begrüssen ist auch der Vorschlag im Vorentwurf, den Niederlassungskonkurs mit dem Hilfsverfahren in dem Sinne zu koordinieren, dass der Erstere nur solange beantragt werden kann, als nicht ein Antrag auf Anerkennung gestellt ist (Art. 166 Abs. 2 IPRG).

U.E. muss man sich allerdings die Frage stellen, ob nicht noch eine weitreichendere Koordination erfolgen soll.

Zwar ist es nicht möglich, analog Art. 3 Abs. 4 EuInsVO Nr. 2015/848 festzulegen, dass das Niederlassungskonkursverfahren nach Eröffnung des Hauptinsolvenzverfahrens automatisch zu einem Hilfsverfahren nach Art. 166 ff. IPRG umgewandelt werde. Obwohl der Gesetzeswortlaut nicht klar ist,⁷⁶ ist es wegen der unterschiedlichen Gläubigerschaft im Niederlassungskonkursverfahren und Hilfsinsolvenzverfahren ausgeschlossen, nachträglich ein Niederlassungskonkursverfahren in ein Hilfskonkursverfahren zu überführen.

Immerhin könnte im Vorentwurf zur Revision des Art. 166 Abs. 2 IPRG statuiert werden, dass der Antrag eines Niederlassungsgläubigers auf ein Verfahren nach Art. 50 Abs. 1 SchKG lediglich stattgegeben werden kann, wenn der Hauptinsolvenzverwalter nicht innert angemessener Frist den Antrag auf Eröffnung eines Hilfsverfahrens stellt und das Hauptinsolvenzverfahren bereits eröffnet ist.⁷⁷ Des Weiteren sollte dem ausländi-

schen Hauptinsolvenzverwalter die Möglichkeit gegeben werden, die Durchführung eines Niederlassungskurses zu verhindern, wenn dies im Interesse aller Gläubiger liegt und die Befriedigung der Niederlassungsgläubiger ausreichend sichergestellt ist.

e) *Allgemeine Befugnis zur Kooperation und Koordination nach Art. 174b IPRG*

Im Vorentwurf wird allgemein gesagt, dass schweizerische Insolvenzverfahren aller Art, die in einem sachlichen Zusammenhang stehen, untereinander sowie mit ausländischen Behörden und Organen koordiniert werden können (Art. 174b IPRG). Auch diese Bestimmung geht u.E. in die richtige Richtung. Sie ist jedoch unserer Meinung nach zu zurückhaltend und zu wenig konkret formuliert. Im Gegensatz zum Europäischen Gesetzgeber getraut sich der Bundesrat bisher nicht, detaillierte Bestimmungen wie in der Europäischen Rechtsordnung zu erlassen.⁷⁸

Die Koordination sollte nicht nur als Befugnis, sondern als Pflicht statuiert werden. Wünschenswert wäre auch, wenn die Koordination von Insolvenzen von Mitgliedern eines Konzerns oder einer Unternehmensgruppe ausdrücklich genannt würde. Im Weiteren sollte sodann in einem ergänzenden Absatz beschrieben werden, wie diese Koordination konkret aussehen könnte. Denkbar wäre etwa: Pflicht zur Anhörung des ausländischen Insolvenzverwalters; Befugnis des ausländischen Insolvenzverwalters, einen Gesamtsanierungsplan für mehrere Konzerngesellschaften vorzuschlagen; Einrichtung von entsprechenden online überprüfbareren Insolvenzregistern usw.

IV.

Schlussbemerkungen

Die neue EuInsVO und der Vorentwurf für eine Revision von Art. 166 ff. IPRG streben in begrüssenswerter Weise an, Unternehmen mit Vermögen und Betriebsteilen in mehreren Ländern auch in der Insolvenz als wirtschaftliche Einheit zu behandeln und dadurch die Chancen für eine Sanierung und effiziente Liquidation zu erhöhen. Dabei geht das IPRG naturgemäss weniger weit, handelt es sich doch bei der EuInsVO um ein übernationales Recht für die EU-Mitgliedstaaten und beim schweizerischen Recht lediglich um ein autonomes Recht für die Schweiz.

Es lassen sich jedoch viele Parallelen feststellen: Zu erwähnen sind insbesondere Einschränkung des Sekundärinsolvenzverfahrens nach Europäischem Recht bzw.

⁷⁶ Der Vorentwurf zur Revision des Art. 166 Abs. 2 IPRG besagt, dass ein Niederlassungskonkursverfahren nur zulässig sei, «solange kein Antrag nach Absatz 1 (auf Anerkennung des ausländischen Hauptverfahrens) gestellt wurde». D.h., theoretisch könnte dies so ausgelegt werden, dass ein bereits eröffnetes Niederlassungskonkursverfahren nachträglich unzulässig wird, wenn später ein Anerkennungsverfahren eingeleitet wird.

⁷⁷ Diese Formulierung würde keinen zusätzlichen Auslegungsbericht wie im jetzigen Fall benötigen (vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Konkurs und Nachlassver-trag) (Fn. 8) S. 10).

⁷⁸ Vgl. EuInsVO Nr. 2015/848 (Fn. 1) Art. 24 und 25 i.V.m. Art. 41 ff.

Meier, Giudici —

Neue EU-Insolvenzverordnung und Vorschlag zur Revision des internationalen Konkursrechts in der Schweiz: Behandlung des Unternehmens als wirtschaftliche Einheit in der Insolvenz

Hilfsverfahren nach IPRG zugunsten einer erweiterten Befugnis des Hauptinsolvenzverwalters zum Handeln in Ländern, wo sich Vermögen und Betriebsteile befinden, stärkere Koordination der Verfahren, Übernahme des «COMI» als alternative indirekte Zuständigkeit im IPRG.

Die beabsichtigte Revision des IPRG ist vom Bundesrat bewusst als «sanfte» Revision gedacht, mit welcher lediglich die gravierendsten Mängel korrigiert werden sollten. U.E. wäre es jedoch begrüssenswert, wenn die Revision insbesondere in folgenden Punkten noch weiter gehen könnte:

- Konkretisierung von Art. 175 IPRG betreffend die Anerkennung von Sanierungsplänen und vorangehenden Stundungen und Moratorien;
- Detaillierte Umschreibung der Befugnis des ausländischen Insolvenzverwalters bei der Vornahme von Handlungen in der Schweiz. Statt dem Insolvenzverwalter die Befugnis zu geben, wie ein privatrechtliches Organ ausserhalb des Insolvenzverfahrens zu handeln, sollte ihm vorgeschrieben werden, nach den Regeln des SchKG vorzugehen;
- Konkretisierung der Pflicht von Insolvenzverwaltern und Gerichten, welche für ein in der Schweiz eröffnetes Verfahren aller Art zuständig sind, das Verfahren mit zusammenhängenden ausländischen Verfahren zu koordinieren.

U.E. sollte neben der Revision von Art. 166 ff. IPRG geprüft werden, ob die Schweiz nicht mit der EU ein Parallelübereinkommen zur EuInsVO abschliessen könnte, so wie dies bei der Verordnung zur Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO)⁷⁹ mit dem LugÜ gemacht wurde.⁸⁰ Mit der neuen EuInsVO verfügt die EU über ein modernes internationales Insolvenzrecht, von dem auch die schweizerische Wirtschaft sowie die schweizerischen Unternehmen und ihre Stakeholder (Gläubiger und Arbeitnehmer) profitieren könnten. Im Gegensatz zum gegenwärtigen IPRG wäre damit insbesondere garantiert, dass nicht nur ausländische Hauptinsolvenzverfahren mit Vermögenswerten und Betriebsteilen in der Schweiz effizienter durchgeführt werden können, sondern auch, dass schweizerische Hauptinsolvenzverfahren von entsprechenden Vorteilen profitieren könnten.

⁷⁹ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Brüssel I-Verordnung).

⁸⁰ Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen).

SchKG-Vereinigung ^S Association LP

Vereinigung für Schuldbetreibungs- und Konkursrecht
Association pour le droit des poursuites et de la faillite

Eidg. Justiz- und Polizeipartement
Frau Bundesrätin Simonetta Sommaruga

Basel, 28. Februar 2016

Vernehmlassung zur Änderung des IRPG (Konkurs und Nachlassvertrag)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Namens der SchKG-Vereinigung nehmen wir gerne die Möglichkeit wahr, uns zur geplanten Änderung der Art. 166 ff. IRPG zu äussern:

Wir begrüssen die geplante Revision sehr. Wir unterstützen namentlich die folgenden Vorschläge:

- Die Abschaffung des nicht mehr zeitgemässen Gegenrechtserfordernis als Voraussetzung für die Anerkennung ausländischer Insolvenzdekrete (Art. 166 E-IPRG). Es verhinderte in vielen Fällen, dass ausländische Konkursmassen auf inländische Vermögenswerte greifen konnten. Zudem verteuerte das Gegenrechtserfordernis die ohnehin schon hohen Kosten für ein Anerkennungsverfahren zusätzlich.
- Die Erweiterung der indirekten Zuständigkeit ist zeitgemäss (Art. 166 Abs. 1 lit. c E-IPRG).
- Sehr zu begrüssen ist ferner, dass (in Anlehnung an die Regelung im Bankenrecht) nach Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekrets auf ein inländisches Anschlusskonkursverfahren verzichtet werden kann (Art. 174a E-IPRG). Das gewählte Modell, als Voraussetzung zu prüfen, ob die Forderungen schweizerischer Gläubiger im ausländischen Verfahren angemessen berücksichtigt werden, ist vernünftig. Die Ausgestaltung als „kann-„ Bestimmung erlaubt es dem Konkursgericht, es bei der Durchführung des Hilfsverfahrens zu belassen, wenn sich erweisen sollte, dass schweizerische Gläubiger im ausländischen Verfahren nicht angemessen berücksichtigt werden sollten oder auch, wenn der ausländische Staat seinerseits nicht bereit ist, bei

Präsident : Dr. Thomas Bauer T. : +41 (0)31 327 91 50 – thomas.bauer@finma.ch
Sekretariat : Schellenberg Wittmer SA, Vincent Jeanneret T. : +41 (0)22 707 80 00
15bis rue des Alpes - Case postale 2088 – CH - 1211 Genève 1

sich gegenüber schweizerischen Konkursen von der Durchführung von Anschlusskonkursen abzusehen.

- Die Möglichkeit (nach erfolgter Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekrets) auch ausländische Anfechtungsurteile oder ähnliche Entscheidungen gemäss den Bestimmungen des IPRG anerkennen zu lassen (Art. 174c E-IPRG), ist zu begrüßen. Damit wird eine wesentliche Lücke im heutigen Anerkennung-System der Schweiz geschlossen. – Indessen ist auch hier (wie im Fall des hiervor behandelten Art. 174a E-IPRG) zu beachten, dass die Neuerung in erster Linie den –u.E. berechtigten- ausländischen Interessen (jenen der ausländischen Konkursmasse) entgegenkommt und mit der Ausweitung der anerkennungsfähigen Urteile um die paulianischen Anfechtungsurteile letztlich die Frage der Territorialität berührt wird. Wenn hier vom Gegenrechtserfordernis abgesehen wird, könnte sich die Bestimmung als Einbahnstrasse erweisen. Die Schweiz hat jedoch ebenfalls ein erhebliches Interesse daran, dass ihre eigenen Urteile betr. Anfechtungsansprüche im Ausland anerkannt und vollstreckt werden können.

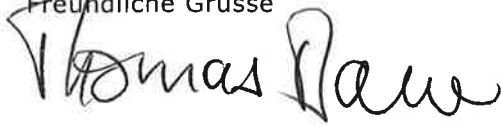
Wir regen ferner folgende Verbesserungen bzw. Klarstellungen an:

- Massgebend für die Berechnung der Fristen bei der Anfechtungsklage (Art. 285 ff. SchKG) soll die ausländische Konkurseröffnung sein (Art. 171 Abs. 1 E-IPRG). Für die Verdachtsfristen gemäss den Art. 286 bis Art. 288 SchKG ist dies sinnvoll. Anders als im erläuternden Bericht erwähnt (S. 12), gilt dies nicht für die Verjährungsfrist (im Bericht ist fälschlicherweise von der Verwirkungsfrist die Rede): Zum einen handelt es sich bei den Anfechtungsansprüchen um solche des schweizerischen Rechts (Art. 171 Abs. 1 Satz 1 E-IPRG). Sie entstehen erst mit dem Insolvenzereignis. Es ist sachgerecht und logisch, für die Entstehung schweizerischer (insolvenz-)rechtlicher Ansprüche an ein schweizerisches Insolvenzereignis und nicht an die ausländische Konkurseröffnung anzuknüpfen. Zum anderen birgt die vom Bundesamt vorgeschlagene Lösung die Gefahr, dass die (schweizerischen) Anfechtungsansprüche bei ihrer Entstehung (zufolge ausländischer Insolvenzeröffnung) schon (nach schweizerischem Rechts) verjährt wären. Dies gilt es zu vermeiden. *Art. 171 Abs. 1 Satz 2 E-IPRG* ist deshalb zu ändern, indem klargestellt wird, dass die Verdachtsfristen der Art. 286 bis Art. 288 SchKG durch die ausländische Konkurseröffnung ausgelöst werden, für die Verjährungsfrist gemäss Art. 292 SchKG jedoch die Anerkennung fristauslösend ist (um eine eigentliche Frage der Fristberechnung geht es unseres Erachtens nicht).
- In *Art. 172 Abs. 1 lit. a. E-IPRG* sollte präzisiert werden, dass in den Kollokationsplan die pfandgesicherten Forderungen nach Art. 219 SchKG aufgenommen werden, „soweit diese durch in der Schweiz belegene Pfandgegenstände“ besichert sind. Anders als der Hauptkonkurs, welcher auch im Ausland belegene Pfandgegenstände erfassen will (vgl. Art. 62 KOV; Universalität des Hauptkonkursverfahrens), erfasst das Anschlusskonkursverfahren nach Art. 166 ff. IPRG immer nur in der Schweiz belegenes Vermögen und damit auch nur in der Schweiz belegene Pfandgegenstände.

- Aufgrund des Gesetzeswortlautes erscheint uns nicht hinreichend klar, ob der *ausländische Insolvenzverwalter* auch dann eine *Anfechtungsklage* (Art. 285 ff. SchKG) *führen kann* (so Art. 171 Abs. 2 E-IPRG), wenn ihm das Vermögen (ohne ein inländisches Anschlusskonkursverfahren durchzuführen) (i.S.v. Art. 174a E-IPRG) zur Verfügung gestellt wird. Art. 174a Abs. 2 E-IPRG, wonach der Konkursverwalter die Befugnisse hat, die der Schuldner vor der Konkurseröffnung hatte, legt nahe, dass eine Anfechtungsklage nicht geführt werden kann (der Schuldner konnte dies früher bekanntlich nicht tun und die Anfechtungsansprüche entstehen erst mit dem Konkurs bzw. mit der Anerkennung). Der erläuternde Bericht bejaht diese Frage (S. 14). Dies erscheint uns richtig. Aufgrund dessen ist es aus unserer Sicht sinnvoll und wichtig, dies auch im Gesetz zum Ausdruck zu bringen (und zwar sinnvollerweise in Art. 174a Abs. 2 E-IPRG). Nachdem sich in der Praxis die Frage der Anfechtungsansprüche häufig stellt, tut diesbezüglich Klarheit Not.

Wir danken Ihnen sehr für die Möglichkeit, uns vernehmen zu lassen.

Freundliche Grüsse

A handwritten signature in black ink that reads "Thomas Bauer". The signature is written in a cursive style with a large, stylized initial 'T'.

Dr. Thomas Bauer
Präsident

Bundesamt für Justiz
Prof. Dr. iur. Rodrigo Rodriguez
Bundesrain 20
3030 Bern

Per E-Mail an: jpr@bj.admin.ch

Bern, 5. Februar 2016

Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (11. Kapitel, Konkurs und Nachlassvertrag)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrter Herr Prof. Dr. Rodriguez

Besten Dank für die Einladung zum oben erwähnten Vernehmlassungsverfahren. Gerne nehmen wir dazu wie folgt Stellung.

Einleitende Bemerkungen

Der SGB hat sich bereits rund um die Arbeiten um die Umsetzung der Motion 11.3925, Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern, detailliert über Fragen von Kettenkursen geäußert. Insbesondere möchten wir diese Gelegenheit ergreifen, um auf Missstände im Konkurswesen aus Sicht der Arbeitnehmenden hinzuweisen.

Der Sachverhalt der missbräuchlichen, in Kette stattfindenden Konkurse, ist in gewissen Branchen (namentlich Bauhauptgewerbe, Baunebengewerbe und Gastro) zu einer eigentlichen Geschäftsstrategie gewisser skrupelloser Arbeitgeber geworden, die aus dem Konkurs und der Nicht-Bezahlung von Arbeitnehmenden und Lieferanten eine Usanz gemacht haben. So werden bei Ausschreibungen und Offerten Preise gedrückt und sich korrekt verhaltende Konkurrenten unlauter konkurrenziert. Die Zeche zahlen die Arbeitnehmenden, die Lieferanten und die Allgemeinheit.

Deshalb wäre es dringend angezeigt, die vorliegende Reform mit den Elementen einer griffigen Umsetzung der Motion Hess zu ergänzen. Insbesondere wäre es wichtig, dass Schweizer SchKG-Titel im Ausland flächendeckend in der EU anerkannt werden. Weiter müsste das SchKG-Verfahren für Arbeitnehmende in Bezug auf Lohnforderungen grundsätzlich kostenlos sein und es müsste ein Handelsregister-Moratorium für gewisse notorische Konkursiten eingeführt werden, wobei ein Informationsaustausch mit dem EU-Ausland nötig wäre.

Anerkennung ausländischer Konkursdekrete

Wir begrüßen die Stossrichtung der Reform. Heute werden Konkursdekrete aus EU-Staaten und anderen wichtigen Handelspartnern der Schweiz nicht anerkannt, wenn sie am Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners ergangen sind und dieser (ausnahmsweise) vom sta-

tutarischen Sitz abweicht. Dies kann dazu führen, dass ein Schuldner z.B. in der EU Konkurs ist, während er in der Schweiz weiterhin verfügungsberechtigt ist und evtl. Schulden anhäuft, die er nicht honorieren wird.

Die Nichtanerkennung kann so auch inländischen Gläubigern wie Arbeitnehmenden schaden. Die gleichwertige und angemessene Berücksichtigung aller, auch der im Inland wohnhaften Gläubiger ist nämlich nicht sichergestellt, da Einzelanträge für Zwangsvollstreckung so möglich bleiben. In diesem Sinne befürworten wir grundsätzlich die Neuregelung von Art. 166 IPRG. Auch begrüssen wir die bessere Koordination und Kooperation mit dem In- und Ausland: Die beteiligten Stellen sollen ihre Handlungen soweit als möglich koordinieren und auch mit ausländischen Konkursverwaltungen sowie ausländischen Behörden zusammenarbeiten und den Kontakt suchen, so gem. Art. 174b IPRG. Diese Bestimmung ist allenfalls so zu formulieren, dass ein Informationsaustausch standardisiert und automatisch ablaufen soll.

Fragezeichen hat der SGB an einem Punkt: Heute wird, um die Interessen der Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz zu schützen, bei jeder Anerkennung zwingend ein inländisches Hilfsverfahren durchgeführt. Dies würde sich mit Art. 174a IPRG ändern. Zwar bleibt die sozialpolitisch begründete Privilegierung gewisser schutzbedürftiger Gläubigerkategorien, wie der Arbeitnehmende, bestehen. Ihre Situation ändert sich aber insofern, als der Kreis dieser Gläubiger nicht mehr auf solche der Zweigniederlassung beschränkt ist, so gem. Art. 166 Abs. 2 IPRG.

Dies kann u.E. dazu führen, dass sich die Konkursmasse bei Zweigniederlassungen für die Arbeitnehmenden trotz Privilegierung einengen kann. Dies darf nicht sein. Wir fordern deshalb, dass die Reform die tatsächliche Situation der Arbeitnehmenden von Zweigniederlassungen nicht verschlechtern darf. Es darf auf keinen Fall sein, dass die Arbeitnehmenden den „Preis“ der besseren Vereinbarkeit zwischen Hilfs- und Niederlassungsverfahren bezahlen müssen.

Wir danken für die Berücksichtigung der oben gemachten Ausführungen.

Freundliche Grüsse

SCHWEIZERISCHER GEWERKSCHAFTSBUND



Paul Rechsteiner
Präsident



Luca Cirigliano
Zentralsekretär

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Privatrecht
3003 Bern
ipr@bj.admin.ch

Bern, 5. Februar 2016 sgv-KI/ds

**Vernehmlassung: Änderungen des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG)
(Konkurs und Nachlassvertrag)**

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv, die Nummer 1 der Schweizer KMU-Wirtschaft, vertritt 250 Verbände und gegen 300'000 Unternehmen. Im Interesse der Schweizer KMU setzt sich der grösste Dachverband der Schweizer Wirtschaft für optimale wirtschaftliche und politische Rahmenbedingungen sowie für ein unternehmensfreundliches Umfeld ein.

Mit Schreiben vom 21. Oktober 2015 lädt uns das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement ein, zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) (Konkurs und Nachlassvertrag) Stellung zu nehmen. Der Schweizerische Gewerbeverband sgv dankt für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Das internationale Konkursrecht des IPRG regelt die Anerkennung ausländischer Konkursdekrete in der Schweiz. Nach geltendem Recht werden nur Dekrete anerkannt, die im Sitz- bzw. Wohnsitzstaat des Schuldners ergangen sind. Zudem muss dieser Staat Gegenrecht gewähren. Um die Interessen gewisser Gläubiger (insbesondere solcher mit Wohnsitz in der Schweiz) zu schützen, wird bei jeder Anerkennung zwingend ein inländisches Hilfsverfahren durchgeführt.

In der Praxis behindert gemäss Bundesrat das Gegenrechtserfordernis, welches oft teure Rechtsgutachten und langwierige Abklärungen notwendig macht und so das Verfahren verzögert, die Anerkennung ausländischer Verfahren. Das Ziel des Gegenrechtserfordernisses - eine Verbesserung der ausländischen Kooperationsbereitschaft - ist gemäss Vernehmlassungsbericht nicht erreicht worden.

Die vorgeschlagenen Änderungen zielen auf eine Modernisierung des internationalen Konkursrechts ab. Die Voraussetzungen und das Verfahren der Anerkennung von ausländischen Konkursverfahren und Nachlassverträgen sollen erleichtert werden. Unter anderem soll das Gegenrechtserfordernis ersatzlos gestrichen werden.

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv unterstützt Bestrebungen nach Vereinfachungen und Bürokratieabbau. Auch hat er gegen die Vereinfachung des Konkurs- und Nachlassverfahrens mit dem Ausland grundsätzlich keine Einwände. Den vorliegenden Lösungsansatz lehnen wir aber trotzdem ab und Begründen das im Einzelnen wie folgt:

Gegenrechtserfordernis (Art. 166 Abs. 1 IPRG)

Beim Verzicht auf das Gegenrechtserfordernis verschlechtert die Schweiz als souveräner Rechtsstaat ihre Position. Es ist durchaus im Interesse der Schweiz, dass im Inland ergangene Konkursdekrete konsequent auch von ausländischen Staaten anerkannt werden. Dadurch können im Falle eines Schweizer Konkurses zwar Vermögenswerte ins Ausland geschafft werden, aufgrund des fehlenden Gegenrechts im umgekehrten Fall jedoch nicht Vermögenswerte vom Ausland zurück in die Schweiz. Das Gegenrecht stärkt damit in einem gewissen Masse die Position eines Schweizer Gläubigers. Wenn die Privilegierung inländischer Gläubiger zugunsten einer Angleichung ans europäische Recht ersatzlos gestrichen werden soll, wird auch die Rechtssicherheit geschwächt. Wir unterstellen uns dem Vollstreckungsrecht anderer Staaten. Der sgv lehnt die Aufgabe des Gegenrechtserfordernisses aus diesen Gründen ab.

Beschränkung auf den EU-Raum

Die vorgeschlagene Änderung konzentriert sich auf die EU-Staaten, verkennt aber, dass es auch bzw. vor allem ausserhalb des EU-Raums praktische Probleme in Staaten gibt, welche keine der Schweiz ähnliche Rechtsordnung kennen.

Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen Art. 166 Abs. 1 IPRG

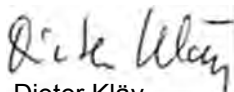
Heute werden Konkursdekrete anerkannt, die am Wohnsitz des Schuldners bzw. am Sitz der Gesellschaft ergangen sind. Die Neuregelung schlägt vor, dass auch Konkursdekrete anerkannt werden können, die am „Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen“ des Schuldners ergangen sind. Während der Wohnsitz einer natürlichen Person oder der Sitz einer Gesellschaft klar definiert ist, lässt der „Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen“ des Schuldners viel Raum offen für Interpretationen. Je nach Branche können Firmen durchaus verschiedene „Mittelpunkte der hauptsächlichen Interessen“ haben. Dies bringt keinen erkennbaren Nutzen, sondern führt zu weiterer Rechtsunsicherheit.

Wir danken für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Gewerbeverband sgv

Hans-Ulrich Bigler
Direktor, Nationalrat



Dieter Kläy
Ressortleiter

**Schweiz. Verband Creditreform
(Genossenschaft)
Zentrale Dienste**
Teufener Strasse 36
9000 St.Gallen
Tel. +41 (0)71 221 11 80
Fax +41 (0)71 221 11 85
claude.federer@creditreform.ch

Per mail an: ipr@bj.admin.ch

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
Direktionsbereich Privatrecht
z.H. Herrn Dr. R. Rodriguez
Bundesrain 20
3003 Bern

9000 St. Gallen, 5. Februar 2016
svc vernehmlassung revision iprg 05.02.16.docx

Vernehmlassung zur Teilrevision des IPRG (Konkurs und Nachlassvertrag)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrter Herr Dr. Rodriguez

Wir machen hiermit gerne Gebrauch von der Möglichkeit, zu der genannten Vorlage Stellung zu nehmen.

Der Schweizerische Verband Creditreform ist 1888 als Selbsthilfeorganisation der kreditgebenden Wirtschaft gegründet worden. Mit rund 12'000 Mitgliedern und Kunden, 7 regionalen Kreisbüros und insgesamt rund 200 Mitarbeitern bildet er die grösste schweizerische Gläubigervereinigung für Kreditschutz. Zu seiner Tätigkeit gehören u.a. die Erteilung von Bonitätsauskünften und das Forderungsmanagement (Inkasso). Diese Dienstleistungen haben eine Verminderung des Risikos von Forderungsausfällen bei Lieferanten und Kreditgebern zum Ziel. Sie tragen zur Erhaltung der Zahlungsfähigkeit von Firmen, Selbständigerwerbenden und Privatpersonen bei.

Der Verband Creditreform setzt sich für ein legislatorisches Umfeld ein, das den Interessen der kreditgebenden Wirtschaft - d.h. der zahlreichen Wirtschaftsakteure, die auf Rechnung liefern und für den Erhalt ihrer Liquidität auf den Eingang ihrer Debitoren angewiesen sind - angemessen Rechnung trägt und ihnen möglichst klare und transparente Rahmenbedingungen für die Geschäftstätigkeit zur Verfügung stellt.

Als allgemeine Vorbemerkung halten wir fest, dass eine bessere Koordination mit ausländischen Konkursverfahren durchaus wünschbar erscheint. Ein Verzicht auf das Gegenrechtserfordernis scheint uns jedoch nicht angebracht, da inländische Gläubiger dadurch benachteiligt würden (s. unten).

Im Einzelnen haben wir folgende Bemerkungen zum Vorentwurf:

A) Art. 166 VE-IPRG

a) Art. 166 Abs. 1 lit. c IPRG in der geltenden Fassung; Voraussetzungen der Anerkennung ausländischer Konkursdekrete

Allfälligen Problemen bei der Handhabung des Gegenrechts sollte u.E. anders begegnet werden als durch schlichten Verzicht auf das entsprechende Erfordernis. Die Schweiz würde ihre Verhandlungsbasis auf internationaler Ebene damit ohne Not verschlechtern. Es liegt offensichtlich im Interesse eines jeden Landes, eigene Konkursdekrete von anderen Ländern anerkannt zu sehen; ein Verzicht auf das Gegenrecht würde jeden bezüglichen Hebel der Schweiz gegenüber Ländern beseitigen, die dieses Recht nicht gewähren.

Das Gegenrecht stärkt sodann indirekt die Stellung der Schweizer Gläubiger. Es verhindert u.a., dass im Falle eines ausländischen Konkurses hiesige Vermögenswerte ins Ausland herausgegeben werden müssten, aus Ländern ohne Gegenrecht aber umgekehrt keine Vermögenswerte in die Schweiz überführt werden könnten.

Der Erläuterungsbericht zur Revisionsvorlage hält fest, dass ein grosser Teil der anzuerkennenden Konkursdekrete aus dem europäischen Umfeld stammt. Hier sollte sich die Frage des Gegenrechts relativ einfach klären (und ggf. auch vertraglich regeln) lassen. Zudem dürften in dieser Hinsicht für viele Länder inner- und ausserhalb Europas Erfahrungswerte vorliegen, die via einschlägige Literatur greifbar wären.

An sich scheint es bereits unter dem geltenden Recht denkbar, den Nachweis des diesbezüglichen Inhalts des ausländischen Rechts den Parteien aufzuerlegen. Eine entsprechende Kannvorschrift ist in Art. 16 IPRG für vermögensrechtliche Streitigkeiten ausdrücklich vorgesehen. Rechtliche Auseinandersetzungen über das Gegenrecht würden bei dieser Handhabung wohl nur noch bei grossen Konkursen bzw. hohen Forderungen in Betracht fallen. Bei der Mehrzahl der Verfahren dürfte es dann kaum noch zu den im Erläuterungsbericht befürchteten, teuren Expertisen über das Gegenrecht kommen, da die erforderlichen Aufwendungen bei kleineren Konkursen in der Regel wohl als unverhältnismässig taxiert würden.

Antrag: Art. 166 Abs. 1 lit. c) IPRG sei in der geltenden Fassung beizubehalten. Eventuell sei die geltende Bestimmung dahingehend zu ergänzen, dass derjenige den Inhalt des ausländischen Rechts beweisen muss, der sich darauf beruft.

b) Art. 166 Abs. 1 lit. c VE-IPRG; Erweiterung der indirekten Zuständigkeit

Gegen eine Anerkennung von Konkursen, die nach dem im betreffenden Land geltenden Recht am Aufenthaltsort bzw. am "Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen" des Schuldners eröffnet werden durften, ist bei Schuldnern ohne Sitz oder Wohnsitz in der

Schweiz aus unserer Sicht nichts einzuwenden. Innerhalb der Schweiz soll das bewährte (Wohn)sitzprinzip (Art. 46 SchKG oder Art. 10 ZPO) jedoch beibehalten werden, da es einen klareren Anknüpfungspunkt für die örtliche Zuständigkeit bietet als der doch eher vage Begriff des Mittelpunktes der hauptsächlichen Interessen. Ansonsten keine Bemerkungen.

c) Art. 166 Abs. 2 VE-IPRG; Koordination zwischen Hilfs- und Niederlassungsverfahren;

Keine Bemerkungen.

B) Art. 171 Abs. 1 VE-IPRG; Anfechtungsklage und Fristen

Das Abstellen auf das Datum der ausländischen Konkurseröffnung ist heikel. Im grenzüberschreitenden Verkehr kann es Monate dauern, bis ein Konkursdekret über die offiziellen Kanäle bekanntgegeben wird, so dass den Gläubigern u.U. nur noch eine kurze Frist für die Anfechtungsklage verbleibt oder die Frist gar schon abgelaufen ist, wenn die Bekanntgabe erfolgt. Erschwerend kommt hinzu, dass die Abklärungen über das Vorliegen anfechtbarer Geschäfte im Ausland in der Regel komplizierter und aufwändiger ausfallen werden, als wenn der Konkurs in der Schweiz eröffnet wird. Es besteht kein Grund, die inländischen Gläubiger im Ergebnis gleich doppelt schlechter zu stellen, als die Gläubiger am Ort der Konkurseröffnung.

Soll die geltende Fristenregelung tatsächlich geändert werden, sollte bei ausländischen Konkursen für den Fristenlauf auf das Datum der Zustellung einer Mitteilung über die Eröffnung (oder deren Publikation in einem hiesigen, amtlichen Organ) abgestellt werden. Eine solche Regelung würde sich problemlos in die hiesige Rechtsordnung einfügen (so stellt z.B. auch Art. 311 ZPO auf die Zustellung eines Entscheids und nicht auf dessen Datum ab).

Antrag: Art. 171 Abs. 1 VE-IPRG soll wie folgt abgeändert werden:

Die Anfechtungsklage untersteht den Artikeln 285 – 292 SchKG. *Massgebend für die Berechnung der Fristen ist die Zustellung der Mitteilung über das ausländische Konkursdekret an die einzelnen Gläubiger oder dessen Publikation in einem hiesigen, amtlichen Organ.*

C) Art. 172 Abs. 1 lit. a) und b) geltende Fassung und Art. 172 Abs. 1 lit. a) VE-IPRG; Kollokationsplan

Wir verweisen auf unsere Ausführungen zu Art. 174a VE-IPRG (lit. D) hienach).

Antrag: Es sei die im geltenden Recht vorgesehene Beschränkung der kollokationsberechtigten Gläubiger aufzuheben und es sei allen hiesigen Gläubigern zu ermöglichen, ihre Forderungen zur Kollokation anzumelden.

D) Art. 174a VE-IPRG; Hilfsverfahren resp. Handlungsbefugnisse der ausländischen Konkursverwaltung

Gemäss Art. 174a soll eine ausländische Konkursverwaltung neu den Verzicht auf die Durchführung eines Hilfsverfahrens beantragen können, wenn keine Schweizer Gläubiger mit pfandgesicherten oder i.S. von Art. 219 SchKG privilegierten Forderungen vorhanden sind.

Gemäss Erläuterungsbericht (Seite 12) sollen damit mögliche Leerläufe verhindert werden. Aus unserer Sicht führt die vorgeschlagene Regelung indessen zu einer ungerechtfertigten, formellen Schlechterstellung der hiesigen Drittklassgläubiger. Es ist nicht einzusehen, wieso nur privilegierte oder pfandgesicherte Gläubiger die Möglichkeit erhalten sollen, Forderungen im Inland einzugeben, während alle anderen diese im Ausland einreichen müssen. Zudem werden hiesige Konkursämter bei einer Überprüfung der "angemessenen" Berücksichtigung von Forderungen hiesiger Gläubiger in - beispielsweise - Ouagadougou auf grosse Schwierigkeiten stossen, so dass diese Verpflichtung häufig gar nicht erst umgesetzt werden dürfte. Weiter ist zu erwarten, dass ausländische Konkursverwaltungen den Verzicht auf das Hilfsverfahren routinemässig beantragen werden, um Vermögenswerte des Schuldners möglichst einfach in ihr Land transferieren zu können. Ob dabei Schweizer Gläubiger benachteiligt werden oder zu Schaden kommen, wird die zuständige Behörde am Ort der Konkursöffnung nicht interessieren.

Der erläuternde Bericht zur Revisionsvorlage will dem entgegenhalten, das Hilfsverfahren könne bei Nichteinhaltung auferlegter Auflagen jederzeit angeordnet oder wieder aufgenommen werden (Art. 174a Abs. 3 VE-IPRG). In der Regel wird ein allfälliger Schaden dann allerdings gar nicht mehr zu beheben sein, weil die hiesigen Vermögenswerte bereits ins Ausland transferiert wurden und nicht mehr greifbar sind. Dies gilt vor allem bei Staaten, die kein Gegenrecht gewähren, und die der VE gleich behandeln will, wie diejenigen, die es tun. Insbesondere bei solchen Staaten wird eine Repatriierung von Vermögenswerten absehbar regelmässig scheitern.

Rechtlich heikel scheint es ausserdem, die Verfügungsberechtigung über hiesige Grundstücke eines Konkursiten tel quel ausländischen Amtsstellen anzuvertrauen. Konflikte mit dem Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland oder mit dem Zweitwohnungsgesetz sind absehbar. Was geschieht z.B., wenn ein griechisches Konkursamt eine hiesige Wohnliegenschaft an einen griechischen Staatsangehörigen mit Wohnsitz in Griechenland verkaufen will? Der vorliegende Entwurf hat sich mit dieser Frage offenbar nicht befasst.

Antrag: Auf die geplante Ergänzung durch Art. 174a VE-IPRG sei zu verzichten.

E) Art. 174b VE-IPRG; Koordination und Kooperation mit dem In- und Ausland

Keine Bemerkungen - an sich wird hier eine Selbstverständlichkeit stipuliert.

F) Art. 174c VE-IPRG; Anerkennung konkursnaher Entscheidungen

Keine Bemerkungen.

G) Art. 244a SchKG; Vormerkung im Ausland streitiger Forderungen

Keine Bemerkungen.

Wir bedanken uns im Voraus bestens für Ihre geschätzte Aufmerksamkeit und für den Einbezug unserer Überlegungen und Anliegen in Ihre weitere Arbeit.

Freundliche Grüsse

**Schweiz. Verband Creditreform
(Genossenschaft)**

Präsident


Raoul Egeli

Sekretär


Claude Federer

Präsident **Roy Garré, Bundesstrafrichter, Bundesstrafgericht, Viale Stefano Franscini 7, Postfach 2720, 6501 Bellinzona**
Tel. 091 822 62 62, E-Mail: roy.garre@bstger.ch
Sekretariat **Miro Dangubic, Bundesstrafgericht, Viale Stefano Franscini 7, Postfach 2720, 6501 Bellinzona**
Tel. 091 822 62 40, E-Mail: miro.dangubic@bstger.ch, info@svr-asm.ch; www.svr-asm.ch

Par messagerie électronique

Département fédéral de justice
et police
Office fédéral de justice
3003 Berne

Bellinzona, le 3 février 2016

Révision de la loi sur le droit international privé

Madame la Conseillère fédérale,
Madame, Monsieur,

Nous vous remercions de l'invitation à participer à la procédure de consultation relative au projet de loi mentionné en marge.

Le projet suscite les remarques suivantes:

1) Reconnaissance de la faillite étrangère prononcée au lieu où se trouve le centre des intérêts principaux du débiteur

Le besoin de reconnaître de telles faillites répond à un critère de compétence parfois utilisé dans d'autres systèmes juridiques. Il constitue toutefois un critère flou, sujet à interprétation. En outre, la procédure sommaire applicable à la procédure de faillite ne permet pas de procéder aux investigations nécessaires pour s'assurer du centre des intérêts principaux de la faillie. Par ailleurs, les éventuelles mesures d'instruction que le juge devrait entreprendre seraient de nature à retarder l'issue de la procédure dans un domaine où la rapidité de décision est importante.

Si ce critère de reconnaissance devait néanmoins être maintenu, il conviendrait de prévoir un mécanisme permettant de résoudre la divergence pouvant résulter de la compétence parallèle entre celle du juge étranger et celle du juge suisse (faillite au siège social; art. 46 al. 2 LP), qui subsiste même si le centre des intérêts de la faillie est ailleurs.

2) Abandon du principe de réciprocité

Selon le rapport explicatif, la condition de la réciprocité pose problème de lege lata, ce qui justifierait la renonciation à ce principe. Outre le fait que l'examen de la réciprocité ne nécessite dans la pratique pas de longues et coûteuses recherches, son abandon appelle plusieurs réserves.

Il n'est, en effet, pas certain que l'art. 27 LDIP offrira une protection suffisante en cas de procédure étrangère ouverte à des fins contraires au droit suisse des poursuites et faillite. Si la procédure ouverte à l'étranger vise clairement à éviter l'application de droits fondamentaux, tels le droit d'être entendus des créanciers ou du failli, l'art. 27 LDIP offrira une protection suffisante. Toutefois, il est douteux que de tels cas clairs soient nombreux. En revanche, dans des cas moins clairs, l'ordre public ne pourra vraisemblablement pas prendre le relais.

La suppression de la condition de la réciprocité, principe qui tend à protéger la souveraineté de l'Etat, pose en réalité une question politique: la Suisse doit-elle se montrer prête à collaborer avec des Etats qui ne feraient pas de même? Quel serait le bénéfice que la Suisse en tirerait? Dans les causes impliquant les principaux partenaires commerciaux de la Suisse tels l'Union Européenne et les Etats-Unis, l'exigence de la réciprocité est de toute manière remplie et la jurisprudence se montre large dans l'admission de cette condition. L'abandon de ce principe aurait ainsi une portée dans les relations pouvant concerner d'autres pays que ceux qui viennent d'être cités. Les récentes expériences de pressions exercées sur la place bancaire suisse pourraient conduire le législateur à s'interroger sur la protection qu'il souhaite accorder à la place financière/commerciale suisse, l'abandon du principe de réciprocité devant sans doute également être examiné sous cet aspect. En outre, il n'apparaît pas que cet abandon soit imposé par la Résolution de l'ONU 52/158.

Par ailleurs, ledit abandon pose – par ricochet – la question de savoir si les mécanismes de protection des droits des créanciers de la société en liquidation, qui ne sont pas admis à participer à la procédure étrangère, sont suffisants. Le projet limite le contrôle par le juge appelé à autoriser la renonciation d'une procédure de faillite ancillaire à la prise en compte adéquate des intérêts des créanciers domiciliés en Suisse, qui seront entendus. La limitation aux créanciers domiciliés en Suisse nous paraît cependant trop étroite. Elle risque d'exposer des créanciers ayant eu affaire en Suisse à la société faillie sans y avoir leur domicile ou leur siège et n'étant, selon la législation étrangère, pas admis à participer à la procédure de faillite étrangère à être privés de toute protection judiciaire. Il nous paraît ainsi souhaitable que le droit d'être entendus des créanciers prévu à l'art. 174a al. 1 LDIP soit élargi aux créanciers justifiant d'un lien étroit avec les avoirs situés en Suisse et n'étant pas admis à faire valoir leurs droits dans la procédure étrangère.

3) Quid des créanciers qui ne peuvent participer ni à la faillite étrangère ni à la faillite ancillaire?

Nous nous interrogeons également sur le point de savoir si les créanciers qui ne peuvent participer ni à la faillite ancillaire, ni à la faillite principale, ne vont pas procéder par la voie de mesures individuelles d'exécution forcée, notamment le séquestre, pour appréhender les biens du débiteur. Faut-il les en empêcher? Si oui, par quels

moyens? Faut-il donner au juge du séquestre le droit de refuser d'ordonner la mesure et renvoyer le requérant à demander la reconnaissance, dont il ne retirera toutefois aucun profit? Ces questions ne trouvent pas de réponse dans le projet actuel.

4) Coopération

Enfin, nous saluons la création d'une base légale autorisant la coopération entre les juges et organes de la faillite suisses et étrangers.

* * *

Nous vous remercions de l'occasion offerte à l'ASM de s'exprimer sur ce projet de loi et vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, Madame, Monsieur, à l'assurance de notre haute considération.


Roy Garré
Président


Florence Krauskopf
Vice-Présidente

Hopfenweg 21
PF/CP 5775
CH-3001 Bern
T 031 370 21 11
info@travailsuisse.ch
www.travailsuisse.ch

DFJP
Madame Simonetta Sommaruga
Conseillère fédérale
Palais fédéral
Berne

ipr@bj.admin.ch

Berne, le 5 février 2016

**Avant-projet concernant une modification de la loi sur le droit international privé
(faillite et concordat)
Consultation.**

Madame la Conseillère fédérale,
Mesdames et Messieurs,

Nous vous remercions de nous permettre d'exprimer notre avis sur l'avant-projet de loi et c'est volontiers que nous vous le faisons parvenir.

De manière générale, si le but du changement de loi vise à faciliter la reconnaissance et le traitement de faillites prononcées dans d'autres Etats que la Suisse, il faudrait que cette facilitation respecte les intérêts des travailleurs et travailleuses. Or, en sachant que la garantie de protection des salariés contre les effets négatifs des licenciements collectifs n'est pas optimale et qu'il existe des abus de faillites à répétition de certains entrepreneurs, la question se pose de savoir si la renonciation à l'exigence de réciprocité est judicieuse. En effet, la renonciation à l'exigence de réciprocité, afin de faciliter la reconnaissance des décisions de faillite étrangères devrait tenir compte de la manière dont sont conduites les procédures dans d'autres Etat qui n'offrent pas les mêmes garanties que la Suisse. Selon Travail.Suisse, la renonciation à cette exigence n'est donc pas opportune et pourrait nuire aux intérêts des travailleurs et travailleuses.

Il semblerait donc plus judicieux de revoir certains points, afin d'éviter les conséquences néfastes d'un changement législatif destiné à faciliter une procédure qui aurait en réalité une nature complexe.

En vous remerciant de prendre en considération notre avis, nous vous adressons, Madame la Conseillère fédérale, Mesdames et Messieurs, nos salutations distinguées.

Adrian Wüthrich



Président

Hélène Agbémégnah



Responsable politique de
migration et questions juridiques



^b
**UNIVERSITÄT
BERN**

Institut CIVPRO, Schanzeneckstrasse 1, Postfach 8573, CH-3001 Bern

**Rechtswissenschaftliche
Fakultät**

Departement für Privatrecht

Institut für Internationales
Privatrecht und Verfahrensrecht

Vorentwurf und Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Konkurs und Nachlassvertrag)

Vernehmlassung von Alexander R. Markus

Universität Bern

Prof. Dr. Alexander R. Markus
Direktor; Ordinarius für Internationales
Privatrecht und Zivilprozessrecht

Tel: +41 (0)31 631 37 41
Fax: +41 (0)31 631 37 18
a.markus@rw.unibe.ch
www.civpro.unibe.ch

Inhaltsverzeichnis

I.	Allgemeines	3
II.	Zu den einzelnen Revisionspunkten.....	5
1.	Eröffnungszuständigkeit (direkte Zuständigkeit)	5
2.	Anerkennung (Art. 166 VE-IPRG)	6
a)	Kein Gegenrechtserfordernis.....	6
b)	Anerkennungszuständigkeit für die ausländische Insolvenz.....	6
c)	Verhältnis zur Niederlassungsinsolvenz (Art. 166 Abs. 2 VE-IPRG) ...	8
3.	Verfahren (Art. 170 Abs. 3 VE-IPRG).....	9
4.	Anfechtungsklage (Art. 171 und Art. 174c VE-IPRG).....	9
5.	Teilverzicht auf Hilfsverfahren (Art. 174a VE-IPRG).....	10
6.	Koordination mit ausländischen Einzelverfahren (Art. 244a VE-SchKG; Art. 174c IPRG)	12
a)	Fragestellung	12
b)	Rechtsprechung des Bundesgerichts: Situation de lege lata.....	15
c)	Die Regelung des Vorentwurfs.....	21
d)	Koordination bei Anerkennung der Schweizer Insolvenz im Prozessausland de lege ferenda	22
e)	Koordination bei Nichtanerkennung der Schweizer Insolvenz im Prozessausland de lege ferenda	23
f)	Resultierendes Dispositiv für Rechtshängigkeit und Anerkennung ...	27
III.	Fazit und Vorschläge im Überblick	28

I. Allgemeines*

Spätestens vor dem Hintergrund der Finanz- und Schuldenkrise ist die praktische Bedeutung des Internationalen Insolvenzrechts unübersehbar geworden. Das internationale Insolvenzrecht ist für das Vertrauen der internationalen Wirtschafts- und Handelspartner fundamental. Ziel des internationalen Insolvenzrechts ist es ja, zur Gleichbehandlung der Gläubiger (*par conditio creditorum*) über die Landesgrenzen hinweg beizutragen. Es arbeitet dabei mit den Zuordnungs- und Abgrenzungskriterien, die sich aus dem Auslandsbezug ergeben. Es geht im Wesentlichen um

- die räumliche Zuordnung und Abgrenzung von Gesamtverfahren;
- die räumliche Wirkung der Gesamtverfahren;
- die Behandlung von Einzelverfahren, die im Zusammenhang mit den Gesamtverfahren stehen, sowie
- das Recht, das in den genannten Verfahren anzuwenden ist.

Räumliche Wirkung und Koordination in- und ausländischer Gesamtverfahren sowie die Rechtsanwendung basieren auf gegenläufigen *Prinzipien*, die sich auf verschiedenen Ebenen gegenüber stehen:

- *Aktive* Universalität bzw. Territorialität beschreiben den Geltungsanspruch eines Gesamtverfahrens ins Ausland. *Passive* Universalität bzw. Territorialität betreffen die Akzeptation der Wirkungen ausländischer Gesamtverfahren im Inland. (Bei diesen Wirkungen ist zwischen Aktiv- und Passivmasse zu unterscheiden.)
- Einheit oder Pluralität von Verfahren und anwendbarem Recht sind die Methoden, nach welchen das internationale Insolvenzrecht vorgeht und mit welchen die vorgenannten Prinzipien durchgesetzt werden.

Die *internationale Tendenz* geht deutlich in Richtung Universalität und Einheit der Insolvenzen, und zwar sowohl betreffend Aktiv- wie Passivmasse. Diese Prinzipien sind nicht nur anzustreben, weil sie die internationale Gleichbehandlung der Gläubiger begünstigen, sondern weil sie auch dem Instrument der Sanierung, welches gegenüber der Liquidation an Bedeutung gewinnt, besser gerecht werden.

* Der Vernehmlasser dankt seiner Kollegin Prof. JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ herzlich für ihre Anregungen.

Die Schweiz verfügt mit ihrem 11. Kapitel des IPRG von 1989 über eine einseitige Regelung, die international lange als beispielhaft galt. Die meisten ausländischen Rechtsordnungen waren zu jener Zeit noch strikte der passiven Territorialität verhaftet, wonach ausländische Insolvenzen keine Wirkungen im Inland auslösen konnten. Mit dem UNCITRAL-Modellgesetz von 1997 (UNCITRAL-MG) und der EU-Insolvenzverordnung von 2000 (EuInsVO) sind jedoch Systeme auf den Plan getreten, welche sich als flexibler erweisen und dem Prinzip der internationalen Gleichbehandlung der Gläubiger enger verpflichtet sind. Während die EuInsVO als multilaterales System die EU-Mitgliedstaaten untereinander bindet, bietet das UNCITRAL-MG eine gesetzgeberische Vorgabe für Staaten, die wie die Schweiz mit dem IPRG eine unilaterale Lösung anbieten wollen. Die Schweiz hat bei der Erarbeitung des Modellgesetzes aktiv mitgewirkt. Der Vorgabe des UNCITRAL-MG sind inzwischen weltweit zahlreiche Staaten gefolgt. Die beiden Instrumente, EuInsVO und UNCITRAL-MG, sind für die Schweiz somit von grosser Bedeutung. Sie gehen in einiger Hinsicht weiter als das IPRG, was Universalitätsprinzip und Einheit der Insolvenz betrifft, ohne aber diese international-insolvenzrechtlichen „Idealpositionen“ zu erreichen. Die EuInsVO befindet sich zudem zurzeit in einer Revision, welche die genannten Tendenzen bestätigt und noch verstärkt. Das elfte Kapitel des IPRG kann und soll sich dem gewachsenen Revisionsdruck nicht mehr entziehen.

Der vorliegende Entwurf ist noch immer weit von den Idealpositionen der Universalität und Einheit der Insolvenz entfernt. Er schlägt nicht vor, dass die ausländische Insolvenz ihre Wirkungen automatisch auf die Schweiz erstreckt, sondern hält an einem konstitutiven Anerkennungsverfahren fest, das in der Regel auch die Wirkungen des Schweizer Insolvenzrechts auslöst. Gleichzeitig wird aber das Anerkennungskonzept flexibilisiert und erweitert, indem ein ausländisches Hauptverfahren am hauptsächlichen Interessenmittelpunkt des Gemeinschuldners (Center Of Main Interests, COMI) anerkannt werden kann, und die Anerkennung eines ausländischen Hauptverfahrens das schweizerische Partikularverfahren (Niederlassungskonkurs) verdrängt. Damit nähert sich der VE insofern dem Konzept an, wie es im UNCITRAL-MG vorgesehen ist. Daraus ergibt sich eine Öffnung gegenüber dem ausländischen Insolvenzrecht, die vor dem Hintergrund der genannten internationalen Tendenzen zu begrüßen ist.

Im vorliegenden Rahmen bietet die erwähnte, verbleibende Zurückhaltung gegenüber Universalität und Einheit der Insolvenz keinen Grund zur Kritik. In ihrer Vollendung brächten die genannten Prinzipien einen Kontrollverlust mit dem Ergebnis, dass schweizerische Gläubigerinteressen übermässig tangiert würden. Hervorzuheben ist, dass die vorliegende Regelung unilateral erfolgt und nicht darauf zählen kann, dass sich ausländische Systeme dem schweizerischen spiegelbildlich öffnen. Vorbild für den Grad der Öffnung des VE ist somit das UNCITRAL-MG, nicht die EulnsVO. Unabhängig von der vorliegenden Revision dürfte eine Einbindung der Schweiz in das multilaterale Insolvenzsystem der EU nach dem Vorbild des Lugano-Übereinkommens von 2007 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (SR.0.275.11; LugÜ) im Verhältnis zu den EU-Staaten sinnvoll sein.

Dass die Schweiz nicht in ein multilaterales Insolvenzsystem eingebunden ist, hat seinen Preis, was die Koordination mit ausländischen Einzelverfahren betrifft. Diese Verfahren sind i.d.R. nicht in die Schweizer Insolvenz eingebunden. Da ihnen somit eine Insolvenznähe abgeht, unterstehen sie häufig dem LugÜ. Deshalb geht der Ausschluss der Anerkennung ausländischer Urteile, wie er im Vorentwurf vorgesehen ist, zu weit.

II. Zu den einzelnen Revisionspunkten

1. Eröffnungszuständigkeit (direkte Zuständigkeit)

Der VE hält an der bisherigen Lösung des SchKG fest und hält das Satzungsprinzip für schweizerische Haupt-Insolvenzverfahren nicht für revisionsbedürftig. Die EulnsVO und das UNCITRAL-MG bieten das flexiblere Konzept des COMI an, welches das Satzungsprinzip und das Sitzprinzip, welches an den Ort der tatsächlichen Verwaltung anknüpft, miteinander verbindet. Art. 3 EulnsVO statuiert die – widerlegbare – Vermutung, wonach sich dieser Interessenmittelpunkt bei Gesellschaften am Ort des satzungsmässigen Sitzes befindet. Der Vorteil des hiesigen Satzungsprinzips, Voraussehbarkeit und Klarheit der Eröffnungszuständigkeit, ist demgegenüber unbestreitbar. Den Problemen, die sich daraus ergeben, dass die Sitzbestimmung nach Schweizer Recht und nach ausländischen Systemen häufig auseinanderfällt, ist aber jedenfalls zu begegnen. Bei fiktivem inländischen Sitz und faktischem ausländischen Sitz kann insbesondere ein negativer Kompe-

tenzkonflikt resultieren, der mit der Eröffnung eines schweizerischen Partikulärverfahrens (Niederlassungskonkurs nach Art. 50 Abs. 1 SchKG) nicht befriedigend zu lösen ist, zumal dieser weder aktiv noch passiv universal ausgestaltet ist. Nach der grundlegenden Habilitationsschrift von RODRIGO RODRIGUEZ (Zuständigkeiten im internationalen Insolvenzrecht der Schweiz, Bern 2016) kann der Starrheit der Anknüpfung an den satzungsmässigen Sitz bereits *de lege lata* begegnet werden, indem in Extremfällen die Schweizer Notzuständigkeit von Art. 3 IPRG angewendet wird (N 794). Bei Gesellschaften ohne juristische Persönlichkeit, die über keinen statutarisch bestimmten Sitz verfügen, gilt nach Art. 21 Abs. 1 IPRG ohnehin das Sitzprinzip, wobei – wiederum gemäss RODRIGUEZ – ein allf. Handelsregistereintrag dennoch zu beachten ist (N 354).

2. Anerkennung (Art. 166 VE-IPRG)

a) *Kein Gegenrechtserfordernis*

Die vorliegende Justizzusammenarbeit steht hauptsächlich im Dienst der Privaten und ist nicht in erster Linie eine zwischenstaatliche Frage. Vor diesem Hintergrund macht es keinen Sinn, die Gläubiger dafür zu „bestrafen“, dass ein ausländischer Staat nicht kooperationsbereit ist. Das Gegenrechtserfordernis in seiner heutigen Ausgestaltung könnte theoretisch ausländische Staaten dazu motivieren, der Schweiz ihre Zusammenarbeit anzubieten. In der Realität hat diese Motivation jedoch nicht gespielt. Auch Kosten und Zeitaufwand für die Beurteilung der Gegenseitigkeit stehen in keinem Verhältnis zum ohnehin geringen Nutzen dieses Instituts.

b) *Anerkennungszuständigkeit für die ausländische Insolvenz*

Auf der Ebene der geographischen *Anerkennungszuständigkeit* (indirekte Zuständigkeit) stellen sich Probleme, die nicht alle auf der Ebene des geltenden Rechts bewältigt werden können. Das Satzungsprinzip ist zu starr, zumal zahlreiche ausländische Systeme mit dem flexibleren COMI-Prinzip arbeiten.

Mit der vorgeschlagenen gesetzlichen Flexibilisierung des Satzungsprinzips durch den COMI in Art. 166 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 VE-IPRG können positive und negative Kompetenzkonflikte vermieden werden. Satzungsprinzip und COMI ergänzen sich in dieser Bestimmung als alternative Anknüpfungen. Das Bankeninsolvenzrecht, das bei der Aner-

kennungszuständigkeit mit einer „kann-Vorschrift“ operiert (Art. 37g Abs. 5 BankG), ist nicht hingegen unbeschrieben auf „gewöhnliche“ Insolvenzen zu übertragen. Für den vorliegenden Bereich, dessen Fallzahlen mit dem Bankenbereich nicht vergleichbar sind, bedarf es erhöhter Voraussehbarkeit und Rechtssicherheit für den Antragsteller.

Als Anerkennungsobjekte kommen nur ausländische Hauptinsolvenzen in Frage, die ihrerseits eine universale Geltung beanspruchen. Partikulär- und Hilfsinsolvenzen sind nach IPRG nicht anerkennbar. Dieser Widerspruch zum UNCITRAL-MG ist aus Gründen der Rechtssicherheit und wegen der beschränkten Koordinationsmöglichkeiten berechtigt.

Die Rechtsprechung des EuGH zum COMI legt diesen im Übrigen tendenziell rechtssicher aus: Von der Vermutung zugunsten des satzungsmässigen Sitzes kann nur abgewichen werden, wenn eine Gesamtbetrachtung aus objektiver Drittsicht ergibt, dass sowohl die Verwaltung als auch die Kontrolle und die Interessenwahrnehmung an einem bestimmten Ort stattfinden, der vom satzungsmässigen Sitz abweicht (EuGH 2.5.2006 Eurofood, Rs. C-341/04). Die Anerkennung einer Insolvenz im Staat des faktischen Sitzes dürfte z.B. auch nicht versagt werden, wenn sie im ausländischen statutarischen Sitz anerkannt wird.

Die Einschränkung, wonach ein Schweizer Wohnsitz oder (i.d.R. satzungsmässiger) Sitz der Anerkennung entgegensteht, entspricht einem – allerdings auch kritisierten – internationalprozessualen Konzept des IPRG, wonach diesen Personen ein schweizerischer Gerichtsstand zu gewährleisten ist und schweizerische Verfahren und Entscheidungen Vorrang vor ausländischen Entscheidungen geniessen (vgl. Art. 27 Abs. 2 lit. c und Art. 149 IPRG). Ist dieses Konzept in allen Fällen auf das internationale Insolvenzrecht zu übertragen? Im Einzelfall könnte sich die Anerkennung einer ausländischen Insolvenz als sinnvoll erweisen, wenn der schweizerische Sitz/Wohnsitz fiktiv ist und Gläubiger- wie Schuldnerinteressen deutlich im ausländischen Eröffnungsstaat liegen. Die Berufung des Gemeinschuldners auf seinen hiesigen Sitz erschiene dann rechtsmissbräuchlich. Wenigstens wäre in solchen Fällen – wie im Erläuternden Bericht festgehalten – ein Koordinationstatbestand nach Art. 174b VE-IPRG gegeben.

c) Verhältnis zur Niederlassungsinsolvenz (Art. 166 Abs. 2 VE-IPRG)

Das Verhältnis des Hilfskonkurses zum Niederlassungskonkurs (Art. 50 Abs. 1 SchKG) ist in seiner heutigen Regelung missglückt. Ein negativer Kompetenzkonflikt ist mit der Eröffnung eines schweizerischen Partikulärverfahrens (Niederlassungskonkurs nach Art. 50 Abs. 1 SchKG) nicht befriedigend zu lösen, zumal dieser weder aktiv noch passiv universell ausgestaltet ist. Ein positiver Kompetenzkonflikt mit einem ausländischen Hauptverfahren führt zu einer z.T. ungerechtfertigten Separierung der Niederlassungsaktiven und – Passiven und einem entsprechenden Einbruch ins Prinzip der Gläubigergleichbehandlung. Die von RODRIGUEZ in seiner Habilitationsschrift bereits *de lege lata* geforderte Anwendung von Art. 4a SchKG, wonach eine Koordination von zusammenhängenden Gesamtverfahren stattzufinden hat (N 599), ist zu unterstützen, geht aber *de lege ferenda* zu wenig weit.

Die Anerkennung eines ausländischen Hauptverfahrens verhindert gemäss Art. 166 Abs. 2 VE-IPRG richtigerweise einen Schweizer Niederlassungskonkurs. Damit werden die massiven Koordinationsprobleme mit dem Hilfsverfahren vermieden, welche der Niederlassungskonkurs mit dem vorbestehenden Hilfsverfahren verursacht. Wurde hingegen der Niederlassungskonkurs eröffnet, bevor für das ausländische Hauptverfahren ein Anerkennungsantrag gestellt wurde, soll jener gemäss Erläuterndem Bericht weiterhin absoluten Vorrang geniessen. Die mit der Niederlassung verbundenen Aktiven und Passiven bleiben dem Niederlassungskonkurs vorbehalten. Auch diese Lösung verursacht aber gewisse Koordinationsprobleme mit dem (späteren) Hilfsverfahren. Störend ist vor allem, dass das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung erheblich tangiert wird, ohne dass dafür wegen der pfandgesicherten oder der privilegierten Schweizer Gläubiger eine Notwendigkeit bestünde. Deshalb sind Lösungen vorzuziehen, wonach eine Umwandlung des bereits bestehenden Niederlassungskonkurses in ein Hilfsverfahren möglich ist. (Dieses Vorgehen ist bereits aufgrund des bestehenden IPRG möglich, wenn es sich um ein ausländisches Sanierungsverfahren handelt, zumal das IPRG bei diesen Verfahren einen grösseren Interpretationsspielraum bietet; analoge Rechtsanwendung gemäss Art. 175 IPRG; BGE 140 III 379). Um den Schwierigkeiten zu begegnen, die sich daraus ergeben, dass die Gläubigerschaften von Niederlassungskonkurs und Hilfskonkurs nicht identisch sind, ist auch die von RODRIGUEZ vorgeschlagene Lösung denkbar: Anlässlich der Beantragung

des Niederlassungskonkurses wird der ausländischen Hauptverwaltung die Möglichkeit gegeben, innert Frist einen Antrag auf ein Hilfsverfahren zu stellen, und damit den Niederlassungskonkurs zu vermeiden (RODRIGUEZ N 875).

Art. 166 Abs. 2 VE-IPRG kann in folgender Richtung ergänzt werden:

... , solange kein Antrag nach Absatz 1 gestellt wurde. Wurde ein Niederlassungsverfahren vor einem Antrag nach Absatz 1 eröffnet, so wird es in das Hilfsverfahren integriert.

3. Verfahren (Art. 170 Abs. 3 VE-IPRG)

Einverstanden, keine Bemerkungen.

4. Anfechtungsklage (Art. 171 und Art. 174c VE-IPRG)

Einverstanden.

Was Funktion und Abgrenzung der vorliegend geregelten Anfechtungsklagen im Verhältnis zu den ausländischen Anfechtungsklagen betrifft, bleibt zwar eine ganze Reihe von Fragen unbeantwortet. Solange aber kein klares grenzüberschreitendes System der Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung von Anfechtungsklagen besteht, ist das Instrument in seiner unklaren Multifunktionalität zu belassen (Anfechtungsklage nach Art. 171 IPRG zugunsten der Hilfsmasse oder aber der ausländischen Hauptmasse).

Immerhin ergänzt Art. 174c VE-IPRG die Regelungen der Art. 171 IPRG und 289 SchKG mit einer Anerkennungsvorschrift. Diese anerkennt ausländische Anfechtungsurteile, die in einem engen Zusammenhang zum in der Schweiz anerkannten Konkursdekret stehen. Dabei wird es sich nicht nur um Anfechtungsurteile handeln, welche den Rücktransfer in der Schweiz belegener Vermögenswerte zur Hauptmasse gebieten (vgl. EuGH 16.1.2014 Schmid, Rs. C-328/12). Die Anerkennung eines hiesigen Anfechtungsurteils im Ausland ist staatsvertraglich ohnehin nicht gesichert. Die Bestimmung erleichtert dagegen auch das Vorgehen schweizerischer Gläubiger im Ausland, um dortige Vermögenswerte der Schweizer Hilfsmasse zuzuführen.

Aus IPR-Sicht wäre im Übrigen zu erwägen, ob bei Anfechtungsklagen das materielle Insolvenzrecht des ausländischen Insolvenzrechts mitzubersichtigen wäre.

5. Teilverzicht auf Hilfsverfahren (Art. 174a VE-IPRG)

Nach Art. 170 Abs. 1 IPRG löst die schweizerische Entscheidung, ein ausländisches Hauptverfahren anzuerkennen, (zwingend) ein schweizerisches Hilfs-Konkursverfahren aus. Aus dem Erlös werden vorab die schweizerischen privilegierten Gläubiger befriedigt, ein Überschuss wird – nach Anerkennung des ausländischen Kollokationsplanes – an das ausländische Hauptverfahren herausgegeben (Art. 173 IPRG). Die Befugnisse der ausländischen Konkursverwaltung in diesem Verfahren sind stark beschränkt, eine Anwendung des ausländischen Insolvenzrechts ist nicht vorgesehen.

Die internationale Gleichberechtigung der Gläubiger ist – dem idealen Grundsatz nach – nur gewährleistet, wenn die Anerkennung eines ausländischen Hauptinsolvenzverfahrens grundsätzlich zu einer *Wirkungserstreckung* in den Anerkennungsstaat und damit zu einer materiellen Einheit des Konkurses führt. Auch wenn dieser Mechanismus unter gewissen Voraussetzungen, die dem Schutz von Interessen des Anerkennungsstaats dienen, zu durchbrechen ist, so hält sich das bestehende IPRG mit seinem obligatorischen Hilfsverfahren in unflexibler Weise an das entgegengesetzte Prinzip.

Die Auslösung eines schweizerischen Hilfsverfahrens, die heute obligatorisch ist, ist zu umständlich und zu teuer, wenn sich in der Schweiz im Wesentlichen nur Vermögensstücke befinden, ohne dass Schweizer Gläubiger unmittelbar betroffen sind. Auch das UNCITRAL-MG verzichtet auf ein Obligatorium (Art. 21 UNCITRAL-MG).

Die Stossrichtung des Vorentwurfs ist unter diesen Aspekten zu begrüßen. Er ermöglicht dem Gericht, im Fall der Abwesenheit von pfandgesicherten Gläubigern oder privilegierten Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz auf das Hilfsverfahren zu verzichten. Im Sinne der Verhältnismässigkeit ermöglicht er es dem Anerkennungsrichter auch, den Verzicht nötigenfalls mit Bedingungen und Auflagen zu verknüpfen (Art. 174a Abs. 3 VE-IPRG). Die Prüfung, ob die übrigen Schweizer Gläubiger im ausländischen Verfahren angemessen berücksichtigt werden, wird im Verzichtsfall bereits im Rahmen der Anerkennung des ausländischen Dekrets vorgenommen. Eine separate spätere Anerkennung des Kollokationsplans im Sinne des Art. 173 Abs. 3 IPRG erübrigt sich in diesen Fällen.

In diesem Zusammenhang ist zu fragen, ob die Prüfung des ausländischen Kollokationsplans vor der Herausgabe des Erlöses an den ausländischen Hauptkonkurs (Art. 173 Abs.

3 IPRG) nicht schlechthin zur Anerkennung des ausländischen Eröffnungsentscheids redundant und damit eine unnötige Hürde ist (vgl. dazu RODRIGUEZ N 711). Einem System, welches ausländische (Drittclass-)Gläubiger diskriminiert, ist die Anerkennung aus Gründen des ordre public a priori zu verweigern. Auch im Fall, in welchem ein Schweizer Hilfsverfahren ausgelöst wurde, könnte somit ebenfalls auf diese Prüfung verzichtet werden.

Dem ausländischen Konkursverwalter sind im Verzichtsfall umfassende Befugnisse zuzugestehen, zumindest sofern keine Bedingungen und Auflagen greifen. In diesem Rahmen wäre es konsequent, die Befugnisse des Verwalters im Ausgangspunkt nach dem Recht der anerkannten ausländischen Hauptinsolvenz zu beurteilen, wobei der Verwalter das schweizerische Recht zu beachten hätte (vgl. Art. 18 Abs. 1 EulnsVO). Der VE orientiert sich dagegen an den i.d.R. privatrechtlichen Befugnissen, die dem Schuldner vor Konkurseröffnung zustanden (Art. 174a Abs. 2 VE). Die ausländische Verwaltung muss sich jedoch im Rahmen der Verwaltung, Verwertung und Verteilung ggf. Instrumenten bedienen, die über die Befugnisse des Gemeinschuldners vor der Insolvenz hinausgehen. Mit der Anwendung „seines“ ausländischen Insolvenzrechts könnte die ausländische Verwaltung ihre Tätigkeit optimal auf das ausländische Hauptverfahren ausrichten.

Der Hintergrund für die Einschränkung des VE mag bei Art. 271 StGB liegen, der Amtshandlungen für einen fremden Staat unter Strafe stellt. Ein Konfliktpotenzial mit Art. 271 StGB besteht jedoch im Ansatz bereits bei der Lösung des VE, zumal der ausländische Insolvenzverwalter seine Legitimation zum Handeln anstelle des Gemeinschuldners allein gestützt auf (ausländisches) öffentliches Recht ausübt. Die gerichtliche Anerkennungsentscheidung, die gleichzeitig auf das Hilfsverfahren verzichtet, bietet jedoch in Verbindung mit der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung dafür Gewähr, dass der ausländische Verwalter keine Strafverfolgung gewärtigen muss. Dies gälte auch dann, wenn der Verwalter typische „hoheitliche“ Befugnisse des ausländischen Rechts ausüben würde, sofern dies im IPRG vorgesehen wäre.

Die einschlägigen Haager Rechtshilfeübereinkommen von 1954, 1965 und 1970 über die Zustellung von Schriftstücken und die Erhebung von Beweisen sind zwar grundsätzlich auch im Bereich des internationalen Insolvenzrechts anwendbar. Sie bieten jedoch keine rechtliche Grundlage für die Durchsetzung von Herausgabepflichten im Hinblick auf Verwertung und Verteilung. Deshalb ist im IPRG jedenfalls die „Rechtshilfe“ ausdrücklich zu

regeln, welche die Schweizer Behörden der ausländischen Verwaltung bei solchen Anordnungen zu leisten hat. Damit verbunden ist auch, dass die Betroffenen – wie allgemein im internationalen Rechtshilferecht – beim hiesigen Gericht um Rechtsschutz ersuchen können.

Schliesslich wäre auch im Fall einer Nichtanerkennung des ausländischen Hauptverfahrens eine Lösung zu treffen, was die Rechtszuständigkeit an den in der Schweiz belegenen Vermögenswerten betrifft. Es ist unbefriedigend, die ausländische Insolvenzverwaltung einfach zu negieren, und in der Konsequenz dem ausländischen Gemeinschuldner volle Handlungsfähigkeit zuzugestehen. Wo kein eigentlicher Niederlassungskonkurs möglich ist, wäre an ein vereinfachtes Partikulärverfahren zu denken, das sich an den Vorschriften über den Niederlassungskonkurs und den IPRG-Hilfskonkurs orientiert, wobei auf eine Anerkennung des ausländischen Kollokationsplans und die Herausgabe des Überrests ans Ausland zu verzichten wäre.

Art. 174a Abs. 2 VE-IPRG wird wie folgt vorgeschlagen:

(2) Die ausländische Konkursverwaltung handelt betreffend das ihr zur Verfügung gestellte Vermögen nach dem Recht des ausländischen Konkurses. Sie hat dabei das schweizerische Recht zu beachten und darf insbesondere keine Rechtsstreitigkeiten entscheiden oder Zwang ausüben. Ist zur Durchsetzung von Anordnungen staatliche Rechtshilfe notwendig, ersucht sie das Anerkennungsgericht um Mitwirkung.

6. Koordination mit ausländischen Einzelverfahren (Art. 244a VE-SchKG; Art. 174c IPRG)

a) Fragestellung

Die „Swissair“-Nachlassstundung hat ins Bewusstsein gerückt, dass schweizerische Insolvenzverfahren über eine internationale Gesellschaft oder einen internationalen Konzern zahlreiche Fragen aufwerfen, was das Verhältnis zu ausländischen Einzelverfahren oder Entscheidungen, in welche der Gemeinschuldner involviert ist, betrifft.

In der Idealvorstellung sind „*insolvenznahe*“ Einzelverfahren vom Gesamtverfahren gesteuert, indem sie von der *vis attractiva concursus* erfasst und im Staat und am Ort des Gesamtverfahrens abgehandelt oder wenigstens von diesem Ort aus gesteuert werden.

Da grenzüberschreitend weder Universalität noch Einheit der Insolvenz in ihrer reinen Form verwirklicht sind, ist die Realität weit von dieser Idealvorstellung eines solchen Trabantensystems entfernt, Koordination und Steuerung sind erschwert. Mit dieser Problematik befasst sich das *internationale Insolvenzrecht*. So behandelt es Zuständigkeit und Anerkennung in Bezug auf insolvenznahe Verfahren wie den Anfechtungsprozess.

Auf nicht insolvenznahe Einzelverfahren (*Erkenntnisverfahren, gewöhnliche Forderungsprozesse*) darf die Insolvenz hingegen keinen Einfluss ausüben. Das folgt aus dem Gebot, dass eine Insolvenz nicht unnötig und überraschend in die vorinsolvenzrechtliche Rechts- und Prozesslage eingreifen soll. Mit den Fragen der Zuständigkeit, Rechtshängigkeit und Anerkennung von Entscheidungen befasst sich das *internationale Zivilprozessrecht*. Es ist in der Schweiz stark vom Staatsvertragsrecht, hauptsächlich dem LugÜ, geprägt.

Ausgangsproblematik ist also festzustellen, wann ein Einzelverfahren überhaupt als „insolvenznahe“ einzustufen ist. Bei den Insolvenz-paulianae z.B. ist dies kaum problematisch, sie sind insolvenznahe. Bei Verfahren, welche die Forderung eines Gläubigers gegen den Gemeinschuldner beurteilen, bestehen jedoch offene Fragen. Mit dem Verhältnis ausländischer Forderungsprozesse und daraus hervorgehender Entscheidungen zum hiesigen Insolvenzverfahren (und die zugehörigen Einzelverfahren wie das Kollokationsverfahren) hat sich auch das Bundesgericht mehrmals beschäftigt. Das Ergebnis zeigt, dass die damit verbundenen Fragen am *Schnittpunkt zwischen Internationalem Zivilprozess- und Internationalem Insolvenzrecht* gesetzgeberisch und methodisch noch nicht vollständig bewältigt sind. Der Vorentwurf will diese Fragen einer Regelung zuführen.

Bei der Behandlung der gerichtlichen Einzelverfahren und Entscheidungen im Ausland geht es im Wesentlichen um **zwei Fragen**:

Verfahrenskoordination (Fragestellung 1): Wie ist das Verhältnis zwischen dem inländischen Insolvenzverfahren und den bereits hängigen oder nach Insolvenz noch eingeleiteten ausländischen Einzelverfahren (Erkenntnisverfahren oder insolvenznahe Verfahren) gegen den Gemeinschuldner zu regeln? Dabei geht es um zwei zu unterscheidende Bereiche, nämlich

- (a) den Einfluss des ausländischen Insolvenzverfahrens auf das hängige oder später noch eingeleitete ausländische Einzelverfahren (*Koordination zwischen Gesamt- und Einzelverfahren*), sowie
- (b) die *parallele Rechtshängigkeit* zwischen inländischem Einzelverfahren (Kollokationsverfahren) und ausländischem Einzelverfahren (Erkenntnisverfahren oder „insolvenznahe“ Verfahren; *Koordination zwischen Einzelverfahren, parallele Rechtshängigkeit i.e.S.*).

Entscheidungskoordination (Fragestellung 2): Sind Entscheidungen, die aus dem ausländischen Einzelverfahren (Erkenntnisverfahren oder insolvenznahe Einzelverfahren) hervorgehen, im Inland und insb. im Rahmen der Insolvenz anzuerkennen? Wie ist das Verhältnis zwischen allf. in- und ausländischen Entscheidungen geregelt?

Im euro-internationalen Bereich ist aus Schweizer Sicht zur Beantwortung vorab zu untersuchen, welche Verfahren dem LugÜ unterfallen, und welche Verfahren dem schweizerischen internationalen Insolvenzrecht (welches diese Verfahren *de lege lata* nicht ausdrücklich geregelt hat) zuzuordnen sind.

Sind das LugÜ oder die Europäische Gerichtsstandsverordnung von 2012 (EuGVVO) sachlich und geographisch anwendbar, so regeln sie Zuständigkeit, Rechtshängigkeit und Anerkennung ausländischer Entscheidungen in über 30 europäischen Staaten. Für die letzteren beiden Aspekte gilt aus Sicht der Schweiz allein das LugÜ, für die Zuständigkeit z.T. auch die EuGVVO.

Die Einordnung dieser Einzelverfahren bestimmt sich im europäischen Kontext also vorab nach internationalem und europäischem Recht, und nicht nach nationalen Kriterien, wie sie dem SchKG oder dem IPRG entnommen werden mögen.

LugÜ und EuGVVO schliessen Insolvenzverfahren als Gesamtverfahren und insolvenznahe Einzelverfahren und ebensolche Entscheidungen aus ihrem Anwendungsbereich aus (Art. 1 Abs. 2 lit. b EuGVVO/LugÜ). „Insolvenznahe“ Entscheidungen sind solche, die „...unmittelbar aufgrund des Insolvenzverfahrens ergehen und in engem Zusammenhang damit stehen, auch wenn diese Entscheidungen von einem anderen Gericht (als demjenigen, welches das Insolvenzverfahren eröffnet hat) getroffen werden“ (Art. 25 Abs. 1 EulnsVO). Der EuGH hat zu dieser Frage eine Reihe von Entscheidungen erlassen, die

einen engen Begriff der „insolvenznahen“ Verfahren postulieren. Solche Verfahren liegen nur vor, wenn sie unmittelbar aus dem Insolvenzverfahren hervorgehen und sich eng innerhalb dessen Rahmen halten (EuGH 22.2.1979 Gourdin/Nadler, Rs. C-133/78; EuGH 12.2.2009 Deko Marty, Rs. C-339/07; EuGH 10.9.2009 German Graphics, Rs. C-292/08). Verfahren, die auch ohne Insolvenz geführt worden wären, fallen somit klar ausserhalb des Anwendungsbereichs (hierzu auch BGE 125 III 108 E. 3.b m.w.H.). Der einzige Entscheid, der einen weiten Begriff der „insolvenznahen“ Verfahren nahelegt, erging im Zusammenhang mit einer Rückübertragung einer Unternehmensbeteiligung an die Masse (EuGH 2.7.2009 Alpenblume, Rs. C-111/08), welche Konstellation vorliegend nicht im Vordergrund steht.

Im geographischen Bereich ausserhalb des LugÜ entscheidet allein das interne schweizerische Recht, ob ein Verfahren als „insolvenznah“ einzustufen ist, und deshalb (zumindest tendenziell) nicht unter die Rechtshängigkeits- und Anerkennungsvorschriften des IPRG fällt. Systematische Argumente sprechen jedoch für eine Rechtsprechungsharmonie: Von den Qualifikationen des LugÜ sollte nicht ohne gute Gründe abgewichen werden.

b) Rechtsprechung des Bundesgerichts: Situation de lege lata

Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit dem „SAir“-Insolvenzverfahren eine Reihe von Entscheidungen gefällt, welche die Einordnung und Behandlung insolvenznaher Verfahren aus Schweizer Perspektive betreffen und sich direkt oder indirekt über die Anwendbarkeit des LugÜ äussern. Es geht um die belgischen Forderungsklagen der Sabena IPRG-Konkursmasse bzw. der Sabena-Gläubiger gegen die SAir Group und SAirLines (bzw. gegen deren Massen), aus deren Verfahren im Jahr 2011 rechtskräftige Entscheidungen hervorgegangen sind. In den ersten beiden BGE, die vor diesem Zeitpunkt ergangen sind, lehnt das Bundesgericht jeden Einfluss des hängigen belgischen Zivilprozesses auf das hängige schweizerische Kollokationsverfahren ab (BGE 133 III 386 betr. Vormerkung des belgischen Verfahrens im Kollokationsplan; BGE 135 III 127 betr. Sistierung des Kollokationsverfahrens). Das Bundesgericht begründet dieses Ergebnis unspezifisch mit einer „territorialen“ und „vollstreckungsrechtlichen“ Natur des hiesigen Kollokationsverfahrens. Im Grunde ging es um die vorgenannte **Fragestellung Nr. 1. b.** Zur Bestimmung der parallelen Rechtshängigkeit galt vorab zu untersuchen, ob und ggf. in welcher Qualität

der belgische Forderungsprozess einerseits und das Schweizer Kollokationsverfahren andererseits vom Anwendungsbereich des LugÜ erfasst sind. Das Schweizer Kollokationsverfahren kann durchaus als „insolvenznahe“ Verfahren qualifiziert werden, das vom Anwendungsbereich des LugÜ ausgeschlossen ist. Deshalb ist dem Bundesgericht im Ergebnis Recht zu geben, weil gestützt auf das LugÜ die zeitlich frühere Rechtshängigkeit des belgischen Verfahrens keinen Einfluss auf das spätere hiesige Kollokationsverfahren ausüben kann und auch Art. 9 IPRG diese Situation tendenziell nicht erfasst (das bestätigt schliesslich BGE 141 III 382 E. 5.3).

Ein weiterer „Swissair“-Entscheid BGE 140 III 320 befasst sich mit der obgenannten **Fragstellung Nr. 2**. Er stuft – im Gegensatz zu den vorangehenden BGE – auch das belgische Teilverfahren, aus dem der vorliegende „Vorentscheid“ hervorgegangen war, als „insolvenznahe“ Verfahren ein. Deshalb verweigert er dem daraus hervorgehenden belgischen „Vorentscheid“ die Anerkennung über das LugÜ.

Das Bundesgericht geht davon aus, dass der „Vorentscheid“ aus einem (Teil-)Verfahren hervorgegangen ist, das *erst nach* den Beklagteninsolvenzen eröffnet wurde (BGE 140 III 320 E. 8.3.1;). Entscheidend kam für das Bundesgericht hinzu, dass aus den konkreten Umständen der Klage abzuleiten war, dass diese mit der deutlichen *Absicht* eingeleitet worden war, die Frage des zivilrechtlichen Bestandes der Forderung statt im Schweizer Kollokationsverfahren im belgischen Zivilverfahren entscheiden zu lassen (E. 9.3). Der daraus abgeleitete enge funktionale Zusammenhang des belgischen (Teil-)Verfahrens mit der schweizerischen Insolvenz habe zur Konsequenz, dass die daraus hervorgehende Entscheidung ausserhalb des Anwendungsbereichs des LugÜ stehe und deshalb gestützt auf den Staatsvertrag in der hiesigen Kollokation nicht anerkannt werden müsse.

Dem Ausgangspunkt des Bundesgerichts, wonach der Zusammenhang mit dem hiesigen Insolvenzverfahren entscheidend ist, kann ohne Weiteres gefolgt werden. Die vorliegende *Einordnung* des Bundesgerichts als insolvenznahe Verfahren ist aber mit einem Fragezeichen zu versehen. Alleine das subjektive Element der Absicht, eine gerichtlich beurteilte Forderung zu vollstrecken, erscheint für den geforderten engen Zusammenhang mit dem Insolvenzrecht zu unspezifisch. Das Gesamtverfahren dient bei schuldnerischer Insolvenz immer zur Urteilsvollstreckung und ersetzt insofern einfach die Einzelvollstreckung. Für die Einordnung nach LugÜ relevant ist m.E. allein eine *verfahrensrechtliche*

Einbindung des Einzelverfahrens in ein Insolvenzverfahren. Eine solche Einbindung ins Schweizer Hauptverfahren könnte sich u.U. auch unilateral aus den Anträgen im Einzelverfahren ergeben (vgl. dazu hinten Ziff. 5). IVO SCHWANDER, ZZZ 33/34/2014/2015, S. 114, verlangt zur Qualifikation des Einzelverfahrens als „insolvenznahe“ die Einbindung in ein belgisches Insolvenzverfahren.

Der vorliegende BGE geht immerhin nicht so weit, dass allein die Einleitung des ausländischen Einzelverfahrens nach einer Beklagteninsolvenz (oder gar schon deren Absehbarkeit) aus dem ausländischen Forderungsprozess schlechthin ein verkapptes Kollokationsverfahren macht. Wie es sich mit ausländischen Einzelverfahren verhält, die vor der Beklagteninsolvenz eingeleitet werden, hat das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid ausdrücklich offengelassen.

Diese „Lücke“ schliesst hingegen ein weiterer SAir-Entscheid BGE 141 III 382, der sich ebenfalls mit der **Fragestellung Nr. 2** befasst. Er überholt mit seiner Argumentation den vorstehenden 140er-Entscheid, indem er im Ergebnis postuliert, dass sämtliche *ausländische Entscheidungen*, die *nach der Eröffnung* der Schweizer Insolvenz ergangen sind, ohnehin nicht anzuerkennen sind, und zwar unabhängig vom Zeitpunkt der Eröffnung der zugrundeliegenden Einzelverfahren. Der BGE beschäftigt sich denn auch mit einer belgischen Entscheidung zugunsten von Sabena-Gläubigern, deren Verfahren(steile) *bereits vor der SAir-Insolvenz* eingeleitet worden war(en). Das Bundesgericht lehnt die Anerkennung auch dieser Entscheidung im laufenden Kollokationsverfahren ab. Zuzugabe der geänderten Zeitverhältnisse konzentriert sich das Bundesgericht dabei nicht mehr auf die Frage, ob das belgische Verfahren in der Absicht eingeleitet wurde, um am Schweizer Insolvenzverfahren teilzunehmen und eine Vorgabe für das Schweizer Insolvenzverfahren zu schaffen.

Das Bundesgericht geht im Ausgangspunkt zutreffend davon aus, dass das LugÜ *im Rechtshängigkeitskontext (Fragestellung Nr. 1.b)* auf das vorliegende Schweizer Kollokationsverfahren nicht anwendbar sei, weshalb eine prioritäre Rechtshängigkeit des belgischen gegenüber dem Schweizer Kollokationsverfahren nicht zu beachten ist. Das gelte auch, falls eine (im ausländischen Verfahren behandelte) Vorfrage materiell an sich unter das LugÜ fallen würde (E. 5.3.).

Im Kern argumentiert das Bundesgericht sodann mit der *vis attractiva concursus* des Schweizer Insolvenzverfahrens, wonach die Entscheidung aller Streitfragen daselbst konzentriert würden, und ausländische Prozesse die Befugnisse der hiesigen Konkursverwaltung nicht beschneiden könnten. Namentlich seien Kollokationsplan und –Prozess ausschliesslich in Schweizer Händen (E. 5.4). Die Einbindung hängiger Forderungsprozesse in den Konkurs wird am Beispiel der EulnsVO gezeigt, wonach daraus hervorgehende Entscheidungen im Insolvenzstaat gestützt auf diese Verordnung anzuerkennen sind. Aus der Komplementarität der EulnsVO zur EuGVVO schliesst das Bundesgericht, dass sich das – zur aEuGVVO parallele – LugÜ auf solche Forderungsprozesse nicht anwenden wolle (E. 5.5). Es lässt dabei offen, ob ein ausländisches Verfahren berücksichtigt werden könnte, wenn das ausländische Gericht eine Verfahrenssistierung i.S.v. Art. 207 SchKG anwenden würde.

Bei dieser Argumentation verflucht das Bundesgericht Rechtshängigkeitsfragen eng mit denjenigen der Urteilsanerkennung und schliesst unmittelbar vom ersten auf den zweiten Bereich (E. 5.7). Die Fragestellungen der Rechtshängigkeit (vorne Fragestellung 1.b) und der Urteilsanerkennung (Fragestellung Nr. 2) sind jedoch klar zu unterscheiden. Ob ein ausländisches Urteil anzuerkennen ist, beurteilt sich unabhängig davon, ob das zugrundeliegende Verfahren überhaupt in einen Rechtshängigkeitskonflikt nach LugÜ involviert war; die Anerkennung ist sogar auch dann zu gewähren, wenn das anzuerkennende Urteil in vorgängiger Verletzung der Rechtshängigkeitsvorschriften ergangen ist, zumal eine solche Verletzung keinen Anerkennungsverweigerungsgrund nach Art. 34 Ziff. 3 oder 4 LugÜ bildet.

Im Unterschied zur Rechtshängigkeit bleibt bei der Anerkennung die Qualifikation des Schweizer Kollokationsverfahrens ausser Betracht und es ist allein auf die Qualifikation des ausländischen Einzelverfahrens abzustellen.

Wie anhand (und z.T. auch im Sinn) des 140er-BGEs gezeigt, ist bereits die generelle Einordnung ausländischer Forderungsprozesse, die *nach Insolvenzeröffnung* angehoben werden, als „insolvenznahe“ Verfahren, in Frage zu stellen. Das Bundesgericht hat es im spiegelbildlichen Fall denn auch abgelehnt, einen Schweizer Forderungsprozess allein deshalb als insolvenznah zu qualifizieren, weil sich eine der Parteien in einem ausländi-

schen Gesamtverfahren befand (BGE 125 III 108; vgl. MARKUS, Internationales Zivilprozessrecht, Bern 2014, Rz. 1720 f.).

Wie vorne kritisch beleuchtet, dürfte zudem eine subjektive „Absicht“ des Klägers für die Einordnung alleine nicht massgeblich sein. Nach der erwähnten Rechtsprechung des EuGH ist auf einen objektiven *verfahrensrechtlichen Bezug* des Einzelverfahrens zum Insolvenzverfahren abzustellen.

Unmittelbar verfahrensrechtliche Bezüge ergeben sich z.B. durch die Verfahrenssistierung i.S. des Art. 207 SchKG, die Beteiligung der Masse oder einzelner Gläubiger am Verfahren und ggf. durch deren konkurrenzspezifische Rechtsbegehren. Ein solcher Bezug ist – unabhängig vom Zeitpunkt der Einleitung – vor allem dann in Frage zu stellen, wenn das Schweizer Insolvenzverfahren *im ausländischen Gerichtsstaat nicht anerkannt* wird. Diese insolvenzrechtliche Anerkennung allein böte dafür Gewähr, dass das ausländische Einzelverfahren vorerst sistiert und im Weiteren verfahrensrechtlich der Schweizer Insolvenz zugeordnet würde. Fehlt diese Einbindung ins Schweizer Insolvenzverfahren, so wird i.d.R. eine Qualifikation als „insolvenznahe“ Verfahren zu verneinen sein (es sei denn, Klägerschaft und ausländisches Prozessgericht bänden ausnahmsweise Anträge und Verfahren ausdrücklich ins Schweizer SchKG ein, ohne dazu durch eine insolvenzrechtliche Anerkennung verpflichtet zu sein; vgl. dazu BGE 141 III 382 E. 5.6.1).

Obwohl Belgien grundsätzlich als Gegenrechtsstaat nach Art. 166 IPRG gilt (FRANCO LORANDI, AJP 5/2008, S. 562, m.w.H.), ist nichts darüber bekannt, dass die Schweizer Insolvenz in Belgien anerkannt worden wäre und darauf basierend eine Zusammenarbeit mit den Schweizer Insolvenzbehörden stattgefunden hätte. Die ausländischen Kläger haben unabhängig vom Schweizer Insolvenzrecht gehandelt (BGE 141 III 382 E. 5.6.2). Hier zeigt sich der entscheidende Unterschied zur Situation der EU-Staaten unter der EulnsVO, in welcher ausländische Forderungsprozesse obligatorisch in die Hauptinsolvenz eingebunden werden. Erst gestützt auf die EulnsVO ergibt sich ein verfahrensrechtlicher Zusammenhang und somit eine Einordnung als „insolvenznahe“ Verfahren. Daraus hervorgehende Entscheidungen können konsequenterweise gestützt auf die EulnsVO anerkannt werden und sind von der EuGVVO nicht erfasst.

Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich – im Gegensatz zur bundesgerichtlichen Begründung – nicht, eine Parallele zwischen der vorliegenden SAir-Insolvenz und einer EU-internen Insolvenz zu ziehen. Einzelverfahren ausserhalb eines grenzüberschreitenden Insolvenzregimes sind anders zu beurteilen, weil die Reichweite des LugÜ dadurch grösser ist. Das Bundesgericht hat diese Unterschiede zwischen der Situation der EU-Mitgliedstaaten und der Schweiz in BGE 131 III 227 noch durchaus gewürdigt. Die Eingebundenheit des Einzelverfahrens ins internationale Insolvenzrecht ist nicht einfach Folge einer grenzüberschreitenden Insolvenz, sondern *Ursache und Voraussetzung* für die Qualifikation als „insolvenznahe“ Verfahren. Gerade weil diese Einzelverfahren durch die EulnsVO koordiniert werden, unterfallen sie nicht der EuGVVO oder dem LugÜ. Das LugÜ sichert demgegenüber Zuständigkeit und Anerkennung für Verfahren und Entscheidungen, die nicht ins internationale Insolvenzrecht eingebunden sind. Es kann nicht angehen, das staatsvertragliche Zuständigkeits- und Anerkennungssystem allein bereits deshalb ausser Kraft zu setzen, weil eine Partei in eine Insolvenz gerät.

Fehlt der enge Insolvenzzusammenhang, so ist die Nichtanerkennung der ausländischen Entscheidung als unzulässige Reduktion des LugÜ-Anerkennungsrechts zu sehen. Das LugÜ ist als Staatsvertrag sowohl in IPRG wie in SchKG ausdrücklich vorbehalten. Erstreckt sich nun die materielle Rechtskraft des ausländischen Entscheids kraft LugÜ-Anerkennung in die Schweiz, so gilt diese Wirkung *in unserer gesamten Rechtsordnung*. Die materielle Rechtskraftwirkung des ausländischen Entscheids ist m.a.W. *in sämtlichen hiesigen Verfahren als entschiedene Vorfrage zu beachten*, und zwar nicht nur in zivilprozessualen, sondern auch z.B. in allgemein verwaltungsrechtlichen oder eben wie vorliegend insolvenzrechtlichen Verfahren. Das gilt – wie erwähnt – völlig unabhängig davon, ob diese Verfahren sachlich-instrumental den Zuständigkeits- oder Rechtshängigkeitsvorschriften des LugÜ unterfallen. Eine bloss „halbe“ Anerkennung in der Schweiz, die allein ausserhalb, aber nicht innerhalb eines Kollokationsverfahrens erfolgen soll (wie z.B. vom Zürcher Obergericht als einer Vorinstanz zum Bundesgericht vorgeschlagen), ist dogmatisch nicht begründbar.

Daraus ergibt sich, dass Entscheidungen wie die vorliegenden, deren zugrundeliegenden Verfahren nicht als insolvenznah einzustufen sind, in einem laufenden hiesigen Kollokationsverfahren als entschiedene Vorfrage zu beachten sind. Eine Grenze für diese Beach-

tung stellt erst u.U. das *rechtskräftig entschiedene* Kollokationsverfahren dar (dazu hinten lit. e)).

c) Die Regelung des Vorentwurfs

Art. 244a Abs. 1 VE-SchKG regelt die vorne genannte **Fragestellung 1.a**, also das Verhältnis zwischen einer Schweizer Insolvenzeröffnung und den ausländischen Erkenntnisverfahren. Dieses Feld ist durch die internationalen Insolvenzregimes des Auslands besetzt (also die ausländischen Spiegelbilder zum Kap. 11 IPRG), welche – bei Anerkennung des Schweizer Konkurses – Wirkungen auf dortige Einzelverfahren vorsehen. Die **Fragestellung 1.b**, also die parallele Rechtshängigkeit zwischen zwei Einzelverfahren, welche bisher weder vom LugÜ noch von Art. 9 IPRG erfasst wurden, regelt auch der VE nicht. Wie zu zeigen ist, sollte die Fragestellung 1.a weitgehend den bestehenden internationalen Insolvenzregimes überlassen bleiben, während Fragestellung 1.b einer Regelung zuzuführen wäre.

Der VE beschränkt die Vormerkung im Kollokationsplan auf ausländische Einzelverfahren, die bereits *vor der Schweizer Insolvenzeröffnung* hängig waren. Damit wird der ausländische Forderungsprozess wie ein Schweizer Erkenntnisverfahren behandelt, das ab hiesiger Insolvenzeröffnung die Funktion eines Kollokationsverfahrens einnimmt. Ein „zweiter“ Kollokationsprozess in der Schweiz wird nicht eröffnet. Damit erweitert die Bestimmung die Grundsätze des Art. 9 IPRG in Ungefähr auf die Konstellation, in der ein ausländisches (ev. materiell oder geographisch auch nicht unter das LugÜ fallendes) und ein inländisches insolvenznahe Verfahren (Kollokationsverfahren) in Konkurrenz zueinander treten könnten. Im Unterschied zu Art. 9 IPRG wird ausländische prioritäre Rechtshängigkeit aber in ein Verhältnis zum Schweizer *Gesamtverfahren* und nicht zu einem Schweizer *Einzelverfahren* gesetzt.

Was ausländische Verfahren gegen den Gemeinschuldner betrifft, die *nach der Schweizer Insolvenzeröffnung* angehoben wurden, suggeriert der VE, dass diese durchs Band weg „insolvenznahe“ Verfahren, und deshalb weder nach LugÜ noch nach IPRG anerkennbar sind. Deshalb entfalten sie auch keine Sperrwirkung gegen späteren Schweizer Einzelverfahren. Damit wird die noch etwas liberalere bundesgerichtliche Rechtsprechung BGE 140 III 360, die eine Türe auch für posteriore Auslandverfahren offen gehalten hat, sozu-

sagen überschüssend nachvollzogen. Die weit strengere Rechtsprechung BGE 141 III 382, die alle bei oder nach Insolvenzeröffnung hängigen Auslandverfahren als „insolvenznah“ einstuft, würde durch den VE hingegen wieder geöffnet.

d) Koordination bei Anerkennung der Schweizer Insolvenz im Prozessausland de lege ferenda

Wie erwähnt, ist die vorne unter lit. a) genannte **Fragestellung Nr. 1.a** vor dem Hintergrund des Universalitätsprinzips zu beantworten. Wo dieses durch die Anerkennung des Schweizer Insolvenzverfahrens im Ausland gewährleistet ist, dürfte eine Koordination der ausländischen Einzelverfahren im Anerkennungs-Ausland gewährleistet sein. Die Koordination wird durch den vorgeschlagenen Art. 174b IPRG unterstützt und möglicherweise über das rein formelle Anerkennungsdispositiv hinaus erweitert. In der Regel werden laufende ausländische Einzelverfahren mit der Anerkennung der Schweizer Insolvenz sistiert, wie Art. 20 des UNCITRAL-MG und im spiegelbildlichen Fall auch das SchKG (Art. 170 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 207 SchKG). Das weitere Schicksal des ausländischen Einzelverfahrens liegt in den Händen der Verwaltung bzw. der Gläubiger, im Idealfall in unmittelbarer Koordination zwischen der schweizerischen und der ausländischen Hilfsverwaltung (vgl. Art. 174b VE-IPRG). Die Anhebung neuer Einzelverfahren im Ausland erfolgt unter Kontrolle der Insolvenzverwaltung(en). Werden die Gläubiger nicht in ein schweizerisches Kollokationsverfahren verwiesen, so dürfte dabei doch eine Beteiligung der schweizerischen Verwaltung oder zumindest der ausländischen Hilfsverwaltung bzw. der Gläubiger gesichert sein. Da das Verfahren entweder unter direkter Beteiligung der Schweizer Verwaltung geführt wird oder die Koordination zumindest über die ausländische Hilfsverwaltung gewährleistet sein sollte, ist die Vormerkung im hiesigen Kollokationsplan eine Selbstverständlichkeit. Damit ist auch die **Fragestellung 1.b**, die Rechtshängigkeit i.e.S., in diesen Konstellationen geregelt. Das in- und das ausländische „Kollokationsverfahren“ werden nicht allein zeitlich hierarchisiert. Vor diesem Hintergrund spielen die Rechtshängigkeitsvorschriften der Art. 27 ff. LugÜ (und auch diejenigen des Art. 9 IPRG) nicht.

Art. 244a Abs. 1 VE-SchKG zielt in diesen Konstellationen auf die richtige Lösung, regelt jedoch zeitlich nicht alle Tatbestände. Allf. Erkenntnisverfahren, die im Ausland *erst nach Insolvenzeröffnung* angehoben werden, müssen ebenfalls einbezogen werden. Dass For-

derungen nach Insolvenzeröffnung ausschliesslich im Schweizer Kollokationsverfahren angemeldet werden, ist auch bei Anerkennung der Schweizer Insolvenz im Ausland nicht gewährleistet. Die Mechanismen der ausländischen (Hilfs-)Verfahren sind unterschiedlich.

Auch solche ausländische Verfahren sind aus Schweizer Sicht i.d.R. funktional Kollokationsverfahren und dürften unter dem LugÜ als „insolvenznahe“ einzustufen sein. Mit insolvenznahen Verfahren im Ausland, die in die hiesige Insolvenz eingebunden sind, kann die Koordination über das ausländische Insolvenz-Anerkennungsrecht spielen. Die Schweizer Insolvenzverwaltung dürfte in einigen Fällen die Kompetenz haben, den ausländischen Prozess weiterzuführen oder zu beenden. In anderen Fällen ist es die Verwaltung des Hilfskonkurses im Ausland, welche das Verfahren in der Hand behält. Eine Regelung der Rechtshängigkeit nach zeitlicher Priorität erscheint für diese Fälle zu starr.

Somit sollten auch posteriore Verfahren des Anerkennungsauslands pro memoria im Kollokationsplan angemerkt werden, weshalb Art. 244a Abs. 1 VE-SchKG entsprechend anzupassen ist. Über eine Verlagerung des Verfahrens in die Schweiz oder eine Fortführung des Verfahrens und eine Beteiligung der Schweizer Verwaltung im Ausland kann ggf. mit der ausländischen (Hilfs-)Insolvenzverwaltung Übereinstimmung erzielt werden.

Zur Fragestellung 2: Die aus dem ausländischen Verfahren hervorgehende Entscheidung fällt als „insolvenznahe“ nicht unter das LugÜ. Die Anerkennung einer solchen Entscheidung unter dem IPRG ist nicht gesichert. Deshalb muss eine zusätzliche Grundlage zur Entscheidungserkennung geschaffen werden und Art. 244 Abs. 2 VE-SchKG ist anzupassen. Systematisch wäre eine Einordnung dieser Bestimmungen im IPRG (im Bereich der Art. 9 IPRG und 174c VE-IPRG) treffender.

e) *Koordination bei Nichtanerkennung der Schweizer Insolvenz im Prozessausland de lege ferenda*

Im Gegensatz zu den vorstehend in lit. d) behandelten Fällen, in welchen das Schweizer Insolvenzverfahren im Prozessausland anerkannt wird, fehlt im vorliegenden Szenario i.d.R. jegliche Einbindung des ausländischen Einzelverfahrens ins Insolvenzrecht. Es handelt sich häufig um ganz „normale“ Forderungsprozesse (ohne insolvenzrechtliche Anträge, ohne Beteiligung einer Masse). Solche Verfahren sind aus der Sicht des LugÜ

(wenn auch entgegen der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts) nicht als „insolvenznahe“ Verfahren zu qualifizieren. Das bedeutet Folgendes:

- Die Rechtshängigkeitsvorschriften der Art. 27 ff. LugÜ zwischen dem ausländischen Erkenntnis- und einem allf. Schweizer Kollokationsverfahren spielen nicht. Ein allf. Schweizer Kollokationsverfahren kann unabhängig vom ausländischen Prozess angehoben oder weitergeführt werden (vorne **Fragestellung 1.b**).
- Eine allf. aus dem ausländischen Erkenntnisverfahren hervorgehende Entscheidung ist nach LugÜ in der Schweiz anzuerkennen, und zwar mit *umfassender präjudizieller Wirkung* für die Kollokation der Forderung (vorne **Fragestellung 2**). Die Wirkung dieses Entscheids dürfte ihre Grenze allein an einem allf. (gerichtlichen) Kollokationsentscheid in der Schweiz finden, der zwischen dem Gläubiger und der Masse (Art. 250 Abs. 1 SchKG) gefällt wird (Unvereinbarkeit nach Art. 34 Ziff. 3 LugÜ).

Vorerst zur **Fragestellung 2**: Vor dem geschilderten Hintergrund greift Art. 244 Abs. 2 VE-SchKG zu kurz. Mit dem „rechtskräftige(n) Entscheid“ meint er allein die Entscheidung, deren Verfahren nach Abs. 1 VE vor der Insolvenzeröffnung eingeleitet wurde. Deshalb wäre aus dem Wortlaut *e contrario* zu folgern, dass spätere Entscheidungen für das Schweizer Kollokationsverfahren niemals verbindlich sind.

Wie vorne unter lit. b) zur Rechtsprechung „SAir“ ausgeführt, reibt sich dies am LugÜ, das sowohl vom IPRG wie vom SchKG ausdrücklich vorbehalten ist. Für „IPRG-Entscheidungen“ ausserhalb der LugÜ- und EU-Staaten schafft der Entwurf immer noch einen Widerspruch zu Art. 25 ff. IPRG, wonach ausländische Entscheidungen (unter den dort genannten Voraussetzungen) grundsätzlich anzuerkennen sind.

Für „LugÜ-Entscheidungen“ ist (neben den ordre public-Verstössen) die Unvereinbarkeit mit einer schweizerischen Entscheidung i.d.R. alleinige Grenze für die Anerkennung eines ausländischen Entscheides. Art. 34 Ziff. 3 LugÜ sichert dabei auch inländischen Entscheidungen den Vortritt, die unter den Gesichtspunkten der Zuständigkeit und der Rechtshängigkeit nicht unter das LugÜ fallen, also auch Gesamtverfahren oder insolvenznahe Verfahren (BSK-SCHULER, 3. Aufl. Basel 2015, Art. 34 LugÜ N 54 m.w.H.). Als solche Entscheidung kann somit auch die Schweizer Kollokationsentscheidung gelten (die

alleinige Zulassung oder Abweisung der Forderung durch die Konkursverwaltung wäre aber nicht eine solche Entscheidung). Der Schweizer Vorrang gilt jedenfalls erst ab Zeitpunkt der Kollokationsentscheidung. Ist die ausländische Entscheidung vorher ergangen, so ist sie nach den vorne unter lit. b) erwähnten Grundsätzen in der gesamten Rechtsordnung (in- und ausserhalb der Kollokation) *zwingend anzuerkennen*.

Diese Anerkennungsverpflichtung gilt insbesondere *unabhängig davon*, ob das ausländische Verfahren *vor oder nach der Insolvenzeröffnung* eingeleitet wurde. Die entgegenstehenden BGE wurden insofern kritisiert (vorne b)). Das bedeutet, dass die Partei des Kollokationsverfahrens, welche die Forderung anspricht, erfolgreich die im Ausland entschiedene Vorfrage geltend machen kann. Handelt es sich um ein Kollokationsverfahren zwischen den Gläubigern (Art. 250 Abs. 2 SchKG), so bleibt die ausländische Entscheidung auch *nach dem Schweizer Kollokationsurteil* präjudiziell, zumal die Identität der Parteien – wie sie in Art. 34 Ziff. 3 LugÜ gefordert wäre – nicht gewährleistet ist.

Für Entscheidungen ausserhalb des LugÜ gilt das IPRG. Unter den Voraussetzungen des IPRG werden ausländische Entscheidungen anerkannt, die aus einem Erkenntnisverfahren hervorgehen, und zwar unabhängig vom Zeitpunkt der Einleitung eines Insolvenzverfahrens. Art. 27 Abs. 2 lit. c IPRG „schützt“ die Schweiz vor Anerkennung des ausländischen Verfahrens nur dann, wenn

- das Schweizer Kollokationsverfahren gegen die Masse vor dem ausländischen Verfahren angehoben oder
- die Schweizer Kollokationsentscheidung (gegen die Masse) vor der ausländischen Entscheidung gefallen ist.

Verfahren zwischen den Gläubigern (Art. 250 Abs. 2 SchKG) bleiben auch beim IPRG ausser Betracht, weil sie nicht zwischen denselben Parteien ausgetragen werden wie das ausländische Verfahren.

Der Kreis der nach IPRG anzuerkennenden Entscheidungen ist also weiter als derjenige des VE-SchKG. Der Widerspruch zwischen Art. 244a Abs. 2 VE-SchKG und IPRG wäre ohnehin zugunsten des IPRG aufzulösen, zumal das IPRG gemäss Art. 30a SchKG den Vorrang vor dem SchKG genießt. Somit wäre Art. 244a Abs. 2 VE-IPRG mit dem vorgeschlagenen Art. 174c Abs. 1 VE-IPRG zu ersetzen.

Mit anderen Worten gilt für die Anerkennung Folgendes: Für nicht „insolvenznahe“ ausländische Erkenntnisverfahren sind alleine das LugÜ oder das IPRG nach seinen bisherigen Vorschriften massgeblich, für insolvenznahe Verfahren, die in ein insolvenzrechtliches Gesamtsystem eingebunden werden können, dient der neue Art. 174c Abs. 1 VE-IPRG mit konstitutiver Wirkung. A priori ausgeschlossen von der Anerkennung sind allein insolvenznahe Entscheidungen des Auslands, die nicht mit dem Schweizer Insolvenzverfahren abgestimmt sind. Die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichts über die Frage der „Insolvenznähe“ wäre am Besten zu überlagern mit einer Definition der Insolvenznähe. Aus dem Gesamtsystem, das u.U. auch insolvenznahe Forderungsprozesse ins Dispositiv einbezieht, unabhängig vom Zeitpunkt der Anhebung der Klage, geht jedoch bereits hervor, dass die Insolvenznähe nach Gesetzgeber restriktiv gesehen wird.

Fragestellung 1: Damit bleibt die Problematik zu lösen, dass allf. zukünftig in der Schweiz anzuerkennende Entscheidungen, deren Verfahren erst *nach der Insolvenzeröffnung* eingeleitet wurde, grundsätzlich auch eine *Rechtshängigkeits-Vorwirkung* besitzen sollten. Aus Rechtshängigkeitssicht ist vorab *auf die potenzielle Anerkennbarkeit* einer daraus hervorgehenden ausländischen Entscheidung abzustellen.

Hier hat der Gesetzgeber zu entscheiden, ob er neben der Anerkennungsprognose dem auch dem Einleitungszeitpunkt Beachtung schenken will. *De lege lata* greifen – wie vorne in lit. b) erwähnt – für diese Situation weder das LugÜ noch das IPRG. Aus Schweizer Sicht wäre der Zeitpunkt der Einleitung des Kollokationsverfahrens massgeblich (und nicht der Eröffnung der Insolvenz). Dagegen ist jedoch der zeitliche Prioritätsgrundsatz mit Vorsicht zu handhaben, weil die Verfahren einen unterschiedlichen Streitgegenstand haben können und z.T. auch nach der grosszügigen Kernpunkttheorie nicht als identisch angesehen werden können. Stattdessen rückt der Umstand in den Vordergrund, dass das Schweizer Insolvenzverfahren im Interesse der Gläubiger zeitlich nicht behindert wird.

Wird in der Schweiz kein Kollokationsverfahren eingeleitet, so ist der Auslandprozess ohne Weiteres vorzumerken. Besteht in der Schweiz ein gerichtliches *Kollokationsverfahren*, so erhält es keine unbedingte Priorität vor dem Auslandverfahren, auch wenn es vor diesem eingeleitet wird. Würde auf eine Vormerkung im Kollokationsplan verzichtet, so könnte zwar das hiesige Kollokationsverfahren ggf. bis zur Unvereinbarkeitssperre nach Art. 34 Ziff. 4 LugÜ bzw. Art. 27 Abs. 2 lit. c IPRG „ungestört“ durch eine Vormerkung weiterge-

führt werden. Der Nachteil dieser Lösung besteht aber darin, dass jederzeit ein ausländisches Erkenntnisurteil ergehen kann, dass sogleich anerkannt werden muss. Bei Kollokationsverfahren zwischen Gläubigern, die den Bestand der Forderung betreffen, kommt hinzu, dass ein ausländisches Urteil (zumindest nach LugÜ) sogar in jedem Zeitpunkt bis zum Abschluss der Insolvenz anzuerkennen wäre, weil die Unvereinbarkeitssperre des LugÜ nicht greift. Diesfalls erscheint das Schweizer Kollokationsverfahren *ex post* unnütz und stört die Voraussehbarkeit. Deshalb ist es angezeigt, in zeitlicher Hinsicht alleine darauf abzustellen, ob das Auslandverfahren *in angemessener Frist* einen Entscheid fällt. Die Angemessenheit der Frist ist im vorliegenden Zusammenhang insbesondere daran zu messen, *ob das Insolvenzverfahren ungebührlich verzögert werden könnte*.

f) Resultierendes Dispositiv für Rechtshängigkeit und Anerkennung

- Nicht insolvenznahe ausländische Verfahren und Entscheidungen („gewöhnliche“ Forderungsprozesse“:
 - o Ausländische Rechtshängigkeit wird (nach VE-SchKG) beachtet
 - o Ausländische Entscheidungen werden (nach LugÜ oder IPRG) anerkannt ggf. bis zur Sperrwirkung der unvereinbaren Schweizer Entscheidung
- Insolvenznahe ausländische Verfahren und Entscheidungen ohne Koordination
 - o Ausländische Rechtshängigkeit wird nicht beachtet
 - o Ausländische Entscheidungen werden nicht anerkannt
- Insolvenznahe ausländische Verfahren und Entscheidungen mit Koordination
 - o Ausländische Rechtshängigkeit wird (nach VE-SchKG) beachtet
 - o Ausländische Entscheidungen werden nach (VE-IPRG) anerkannt

Vorschläge:

Art. 244a VE-SchKG

Streitige Forderungen, welche Gegenstand eines Prozesses im Ausland bilden, werden pro memoria im Kollokationsplan vorgemerkt, wenn zu erwarten ist, dass das ausländische Gericht in angemessener Frist einen Entscheid fällt, der in der Schweiz anerkennbar ist.

Art. 174c VE-IPRG

(1) Ausländische Entscheidungen aus konkursnahen Verfahren, die Streitige Forderungen betreffen, und die in Abstimmung mit dem hiesigen Konkursverfahren angehoben oder weitergeführt werden, werden nach den Artikeln 25-27 anerkannt. Vorbehalten bleibt die einredeweise Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen.

(2) Ein Verfahren ist konkursnah, wenn es unmittelbar aus einem Konkursverfahren hervorgeht und damit in einem engen Zusammenhang steht.

(3) (Art. 174 c VE-IPRG Fassung EJPD)

III. Fazit und Vorschläge im Überblick

Der VE gibt eine vorsichtige Öffnung in die Richtung der Universalität und Einheit der Insolvenz, die grundsätzlich zu begrüßen ist. In einzelnen Aspekten, so z.B. bei der Rechtsanwendung des ausländischen Verwalters sowie dem Verhältnis zwischen Niederlassungskonkurs und IPRG-Hilfsverfahren ist eine etwas weitergehende Öffnung wünschenswert.

Bei der Koordination zwischen Gesamt- und Einzelverfahren, welche eine Forderung gegen den Schuldner zum Gegenstand haben, reibt sich der Entwurf z.T. an den staatsvertraglichen Vorgaben des LugÜ sowie am IPRG und ist zu ergänzen. Zudem ist das Anerkennungsdispositiv für ausländische Forderungsurteile auch ausserhalb des LugÜ noch zu schmal und legt damit der Justizkooperation Hindernisse in den Weg. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung bewegt sich ungünstig innerhalb dieser Koordinationsdefizite. Was das LugÜ betrifft, so steht der jüngste BGE in einem Spannungsverhältnis zur internationalen Beurteilung, was die Anerkennung von Zivilurteilen betrifft. Er vermittelt somit

nicht ausreichende Sicherheit und sollte im VE nicht nachvollzogen werden. Die unbestreitbaren Probleme in diesem Zusammenhang zeigen im Übrigen recht deutlich, dass eine Teilnahme am Europäischen Insolvenzrecht für die Schweiz von Vorteil wäre.

Vorschläge des Vernehmlassers im Überblick:

Art. 244a VE-SchKG

Streitige Forderungen, welche Gegenstand eines Prozesses im Ausland bilden, werden pro memoria im Kollokationsplan vorgemerkt, wenn zu erwarten ist, dass das ausländische Gericht in angemessener Frist einen Entscheid fällt, der in der Schweiz anerkennbar ist.

Art. 166 Abs. 2 VE-IPRG

(2) Hat der Schuldner eine Zweigniederlassung in der Schweiz, so ist ein Verfahren nach Artikel 50 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) zulässig, solange kein Antrag nach Absatz 1 gestellt wurde. Wurde ein Niederlassungsverfahren vor einem Antrag nach Absatz 1 eröffnet, so wird es in das Hilfsverfahren integriert.

Art. 174a Abs. 2 VE-IPRG

(2) Die ausländische Konkursverwaltung handelt betreffend das ihr zur Verfügung gestellte Vermögen nach dem Recht des ausländischen Konkurses. Sie hat dabei das schweizerische Recht zu beachten und darf insbesondere keine Rechtsstreitigkeiten entscheiden

oder Zwang ausüben. Ist zur Durchsetzung von Anordnungen staatliche Rechtshilfe notwendig, ersucht sie das Anerkennungsgericht um Mitwirkung.

Art. 174c VE-IPRG

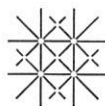
(1) Ausländische Entscheidungen aus konkursnahen Verfahren, die streitige Forderungen betreffen, und die in Abstimmung mit dem hiesigen Konkursverfahren angehoben oder weitergeführt werden, werden nach den Artikeln 25-27 anerkannt. Vorbehalten bleibt die einredeweise Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen.

(2) Ein Verfahren ist konkursnah, wenn es unmittelbar aus einem Konkursverfahren hervorgeht und damit in einem engen Zusammenhang steht.

(3) (Art. 174 c VE-IPRG Fassung EJPD)

Bern, 5. Februar 2016

Prof. Dr. Alexander R. Markus



Universität Basel, Juristische Fakultät, Postfach, 4002 Basel

Ausschliesslich per E-Mail:

ipr@bj.admin.ch

CC: rodrigo.rodriguez@bj.admin.ch

Bundesamt für Justiz

PD Dr. Rodrigo Rodriguez

Basel, 23. Februar 2016

Vernehmlassung der Revision Internationales Konkursrecht

Sehr geehrter Herr PD Dr. Rodriguez

Namens der Universität Basel, Juristische Fakultät, möchte ich mich in oben genannter Angelegenheit wie folgt vernehmen lassen.

I. Einleitung

1. Ich erachte den Entwurf als hochstehende und saubere Gesetzgebungsarbeit. Er zeugt von grossem Sachverstand in dieser Spezialmaterie.
2. Richtig ist auch, derzeit kein Parallelübereinkommen zur EU-Insolvenzverordnung anzustreben, hierfür gibt es wohl zu wenige Anwendungsfälle.
3. Man kann sich fragen, ob der Entwurf nicht sogar mit dem UNCITRAL–Mustergesetz kompatibel ist, womit gegenüber dem Ausland dessen Übernahme erklärt werden könnte. Hierfür bedarf es indes noch vertiefter Abklärungen.
4. Ich unterstütze die Konzeption des Entwurfes, wonach auf das Erfordernis des Gegenrechts verzichtet werden, an einem formellen Exequaturentscheid festgehalten, jedoch eine Aushändigung der in der Schweiz belegenen Vermögenswerte an den ausländischen Insolvenzverwalter ohne Hilfsverfahren ermöglicht werden soll.

Seite 1/5



II. Voraussetzungen (Art. 166 VE-IPRG)

4. Ich unterstütze mit Vehemenz die Abschaffung des Erfordernisses des Gegenrechts als Anerkennungsvoraussetzung. Zu Begründung hierfür vgl. ausführlich DANIEL STAEHELIN, Die Anerkennung ausländischer Konkurs und Nachlassverträge in der Schweiz, Basel 1989, S. 65 ff.
5. Ich unterstütze die Anpassung der indirekten Zuständigkeit an die direkte Zuständigkeit gemäss der EU-Verordnung. Richtig ist auch der Vorbehalt, dass kein statutarischer Sitz in der Schweiz bestehen darf.

III. Niederlassungsverfahren (Art. 166a IPRG)

6. Art. 166a VE-IPRG erachte ich als falsch. Der Vorrang des Niederlassungsverfahrens ist in der derzeit geltenden Form beizubehalten (so auch Hans Hanisch, Einheit- oder Pluralität oder ein kombiniertes Modell beim grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren, ZIP 1994, S. 1 ff.; Sylvain Marchand, „Les règles du droit Suisse de la faillite internationale à l'heure des faillites européennes“, in: F. Bonet (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de François Knoepfler, Basel 2005, S. 128).
7. Verfügt der ausländische Schuldner über eine Niederlassung in der Schweiz, so besteht, anders als bei der blossen Belegenheit von Vermögenswerten, ein Vertrauen der Gläubiger darauf, dass diese Niederlassung nach den schweizerischen Regeln liquidiert wird. Den Vorrang des Niederlassungskonkurses (allerdings in Form eines Sekundärverfahrens) ohne zeitliche Begrenzung kennt auch Art. 27 EulnsVO, welcher in derzeit laufender Revision dem Grundsatz nach beibehalten wird. Auch § 354 Abs. 1 Deutsche Insolvenzordnung kennt noch den Niederlassungskonkurs ohne zeitliche Begrenzung. Die Wichtigkeit des Niederlassungskonkurses zeigte sich aus meiner Sicht namentlich im Falle der Kaupthing Bank Luxembourg, S.A. Geneva Branch, in Genf (Bankenkonzurs, Liquidator: Vincent Jeanneret). Zu überlegen wären allenfalls, ob gemäss Art. 32 Abs. 1 EulnsVO alle Gläubiger und nicht nur die Niederlassungsgläubiger im Niederlassungskonkurs zuzulassen wären, was zwar dem materiellen Recht entsprechen würde, aber aus Praktikabilitätsgründen schwierig wäre.
8. Es ist nicht einzusehen, wieso der bisherige Rechtszustand nur bei Banken gemäss der vorgeschlagenen Neufassung von Art. 37g Abs 4^{bis} nicht aber im gemeinen Recht weiter gelten soll. Unterschiedliche Lösungen im gemeinen und im Bankenkonzursrecht sind so weit wie möglich zu vermeiden.



IV. Verfahren (Art. 167-169 VE-IPRG)

8. Ich rege an, die herrschende Bundesgerichtspraxis, wonach eine vorfrageweise Anerkennung ausgeschlossen ist, in das Gesetz zu übernehmen, da es hierbei um einen wesentlichen und lange umstrittenen Aspekt geht.

V. Hilfsverfahren im ordentlichen Verfahren (Art. 169c - 174 VE-IPRG)

9. Der Möglichkeit, das Hilfsverfahren im ordentlichen Verfahren durchzuführen, stehe ich kritisch gegenüber. Vorteil wäre wohl bloss, dass eine ausseramtliche Konkursverwaltung eingesetzt werden könnte. Dies kann jedoch nicht die ausländische Insolvenzverwaltung sein, da es höchst problematisch ist, wenn ausländische Organe in der Schweiz vorzeitig tätig werden. Auch ist es nicht sachgerecht, wenn dann eine Gläubigerversammlung durchgeführt werden muss. Richtigerweise sollte zwar das summarische Verfahren beibehalten, aber dennoch die Möglichkeit eröffnet werden, auf Kosten des Antragstellers eine ausseramtliche Konkursverwaltung einzusetzen, denn hierfür besteht in der Praxis ein Bedürfnis.

VI. Paulianische Anfechtungsklagen (Art. 171 Abs. 1 VE-IPRG)

10. Wichtig ist es für den Beginn der Verdachtsfristen von 286-288 SchKG auf die ausländische Konkurseröffnung abzustellen. In diversen praktischen Fällen hat es sich ergeben, dass zwischen dem ausländischen Insolvenzentscheid und dessen Anerkennung in der Schweiz gut ein Jahr vergehen kann, womit die Tatbestände von Art 286 und 287 SchKG de facto ausser Betracht fallen würden.
11. Hingegen darf die Verjährungsfrist (der erläuternde Bericht S. 12 spricht hierbei fälschlicherweise noch von Verwirkungsfrist, dies wurde durch das BG vom 21. Juni 2013 geändert.) des Art. 292 SchKG erst mit dem Anerkennungsentscheid zu laufen beginnen. Ansonsten könnte der Anspruch verjähren, bevor er geltend gemacht werden kann. Dies scheint auch deswegen stossend, da die Verjährung vor der Anerkennung des ausländischen Konkursdekretes nicht unterbrochen werden kann. Schliesslich erscheint aus praktischer Sicht ein Verjährungsbeginn zum Zeitpunkt des ausländischen Dekretes als falsch: Einerseits kann es namentlich in grösseren Fällen länger dauern, bis sich die ausländische Masse konstituiert und das Anerkennungsverfahren in der Schweiz durchgeführt hat, andererseits dürfte der ausländische Insolvenzverwalter oft nicht wissen, dass hier bereits eine Verjährungsfrist läuft. Daher ist dringend zu raten, hier beim derzeitigen Rechtszustand zu verbleiben und dies im Gesetz zu verdeutlichen.



VII. Verzicht auf das Hilfsverfahren

12. Der Vorschlag, auf das Hilfsverfahren nur dann zu verzichten, wenn sich kein privilegierter Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz, respektive kein Gläubiger mit einem Pfandrecht an den in der Schweiz belegenen Vermögenswerten gemeldet hat, ist falsch. Es geht nicht darum, ob diese sich melden, sondern ob diese ein rechtlich geschütztes Interesse daran haben, dass das Hilfsverfahren durchgeführt wird. Ich empfehle daher dringend die Aufnahme einer Regelung entsprechend Art. 37g Abs. 2 BankG Gesetz, worin die Voraussetzungen für die Durchführung auf das Hilfsverfahren geregelt werden.
13. Wenn in 174a Abs. 2 VE-IPRG die privatrechtliche Verfügungsbefugnis der ausländischen Insolvenzverwaltung erläutert werden muss, dann genügt eigentlich, dass ihr das privatrechtliche Verfügen erlaubt wird. Alles andere ergibt sich dann daraus. Möchte man dies weiter umschreiben, so ist noch das privatrechtliche Verkaufen hinzuzufügen.
14. Richtig ist, dass die ausländische Verwaltung in der Schweiz nicht nach ihrem eigenen Insolvenzrecht tätig werden kann, wie dies gelegentlich vorgeschlagen wird. Auch wenn die Anwendung der lex fori concursus bei Anerkennung ausländischer Insolvenzdekrete verbreitet ist (Art. 17 EuInsVO, § 335 dt. InsO), ist sie nicht ungefährlich bei einer Regelung, die gegenüber allen Staaten dieser Welt Geltung haben soll, da wir diese gar nicht alle kennen können. So könnte z.B. ein Schuldner mit Wohnsitz in der Schweiz seinen Wohnsitz in ein Land des Commonwealth verlegen, dort ein Insolvenzverfahren durchführen lassen, danach wieder in die Schweiz ziehen, das Insolvenzverfahren hier anerkennen lassen und dann die vollkommene Restschuldbefreiung (discharge of debts) des ausländischen Rechts hier vorbringen. Auch scheint es z.B. zweifelhaft, ob sich der Kompetenzcharakter von in der Schweiz belegenen Vermögenswerten ausschliesslich nach ausländischem Recht regeln soll. Ich unterstütze daher die mit dem UNCITRAL Model Law kompatible Lösung vor, wonach der ausländische Insolvenzverwalter nur die privatrechtliche Verfügungsbefugnis über in der Schweiz liegende Vermögenswerte erhält.
15. Im Gesetz hinzuzufügen wäre allenfalls, dass nach erfolgter Anerkennung auch ohne Hilfsverfahren Spezialexécutionen (insbes. Arreste) ausgeschlossen sind. Es wäre ein Rückschritt gegenüber dem geltenden Recht und systemwidrig, wenn die dem ausländischen Verwalter zur Verfügung gestellten Vermögenswerten von einzelnen Konkursgläubigern verarrestiert werden könnten. Zumindest wäre in der Botschaft klarzustellen, dass Art. 170 Abs. 1 IPRG in eingeschränkter Weise auch dann gilt, wenn kein Hilfsverfahren durchgeführt wird.

VIII. Kollokationsplan

15. In den Kollokationsplan des Hilfskonkurses sind auch die Forderung der übrigen Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz aufzunehmen, soweit glaubhaft gemacht wurde, dass sie im ausländischen Verfahren nicht angemessen berücksichtigt werde. Dies betrifft insbesondere die Steuerforderungen (vgl. D. STAEHELIN, a.a.o. S. 159 f.).



IX. **Prozesse im Ausland (244a SchKG)**

15. Der vorgeschlagene Artikel 244a SchKG ist, entgegen der anderslautenden Praxis des Bundesgerichtes in den Fällen Sabena, dogmatisch richtig. Ebenso richtig ist aber, dass das belgische Urteil im Fall Sabena in der Schweiz nicht anerkannt werden sollte. Ob dieses mit dem „ordre public“ hätte abgewehrt werden können, ist fraglich. Vorzubehalten ist in Abs. 2 zudem der Einwand, die rechtskräftige ausländische Entscheidung sei in der Schweiz nicht anerkennbar.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Daniel Staehelin



UZH, RWI, Lehrstuhl Prof. Dr. iur. Tanja Domej,
Treichlerstrasse 10, CH-8032 Zürich

Prof. Dr. iur. Tanja Domej
tanja.domej@rwi.uzh.ch

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Privatrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Zürich, 5. Februar 2016

**Vernehmlassung zum Vorentwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale
Privatrecht (11. Kapitel, Konkurs und Nachlassvertrag)**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir erlauben uns, Ihnen nachfolgend eine Stellungnahme zu dem am 14. Oktober 2015 veröffentlichten Vorentwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (11. Kapitel, Konkurs und Nachlassvertrag) zu unterbreiten.

Für Rückfragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen

Prof. Dr. Tanja Domej

Prof. Dr. Ulrich Haas

RA lic.iur. Marjolaine Jakob,



Stellungnahme zum Vorentwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (11. Kapitel, Konkurs und Nachlassvertrag)

I. Grundsätzliches

Die Stossrichtung des Vernehmlassungsentwurfs (nachfolgend zitiert als «VE-IPRG»¹) ist insgesamt zu begrüßen. Ein wesentlicher Fortschritt ist zunächst der Entfall des Erfordernisses der Gewährung von Gegenrecht. Ein solches Erfordernis ist im Bereich der Privatrechtsverwirklichung – und damit auch des internationalen Insolvenzrechts – generell fragwürdig; zudem ist der Verzicht darauf, wie der erläuternde Bericht zu Recht festhält, auch aus prozessökonomischer Perspektive vorteilhaft.² Gleichfalls zu befürworten ist die vorgeschlagene Möglichkeit eines Verzichts auf ein inländisches Hilfsverfahren («Mini-Konkurs»). Hier scheint jedoch – gerade auch im Interesse der Prozessökonomie – eine konsequentere Umsetzung des mit dem Entwurf verfolgten Anliegens möglich und empfehlenswert. Darauf ist im Folgenden unter Ziff. II.2 näher einzugehen. Überdacht werden sollte hingegen die Einschränkung der Zulässigkeit eines Niederlassungskonkurses (Ziff. III). Ferner werden in einigen Einzelpunkten weitere inhaltliche und/oder redaktionelle Verbesserungen angeregt (Ziff. IV sowie Ziff. V).

II. Verfahrensstruktur

1. Festhalten am Erfordernis einer förmlichen Anerkennung

Der Entwurf hält grundsätzlich am unbedingten Erfordernis eines Anerkennungsverfahrens fest; eine *ipso iure* eintretende Anerkennung einer ausländischen Insolvenzeröffnung soll weiterhin ausscheiden. Diese rechtspolitische Entscheidung ist im Interesse der Rechtssicherheit (insbesondere für Drittschuldner) nachvollziehbar.³ Freilich bringt die Notwendigkeit eines förmlichen Anerkennungsverfahrens zwangsläufig Aufwand und Kosten mit sich, die trotz der in Aussicht genommenen Neuerungen weiterhin oft beträchtlich ausfallen werden; nach wie vor werden damit wohl nicht wenige Fälle vorkommen, in denen ein an sich gerechtfertigter Einbezug des in der Schweiz belegenen Vermögens in ein ausländisches Insolvenzverfahren aufgrund der bestehenden prozessualen Hürden unterbleiben wird. Einige Nachbarrechtsordnungen verzichten heute auch im autonomen Recht auf ein spezielles Anerkennungsverfahren.⁴ Es wäre angezeigt zu untersuchen, welche praktischen

¹ Von «IPRG» ist nachfolgend die Rede, sofern auf eine in Kraft stehende Gesetzesbestimmung verwiesen wird und/oder für diese Bestimmung keine Änderung im Vernehmlassungsentwurf vorgesehen wird.

² Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Konkurs und Nachlassvertrag) (https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2674/Bericht_DE.pdf), S. 8.

³ Vgl. zu den Interessen, die dem System von Art. 166 ff. IPRG zugrunde liegen: PAUL OBERHAMMER, Jäger des verlorenen Schatzes: Deutsche Insolvenzverwalter in der Schweiz, in: Bernd-Rüdiger Kern/Hans Lilie (Hrsg.), Jurisprudenz zwischen Medizin und Kultur, Festschrift zum 70. Geburtstag von Gerfried Fischer, Frankfurt am Main 2010, S. 327 ff. (S. 333 ff.)

⁴ In *Deutschland* wird nach § 343 Abs. 1 dInsO (Insolvenzordnung [Deutschland]) die Eröffnung eines ausländischen Insolvenzverfahrens grundsätzlich automatisch anerkannt. Die Anerkennung führt zur Erstreckung der Wirkungen des ausländischen Insolvenzverfahrens auf das Inland (CHRISTOPH THOLE, in: Hans-Peter Kirchhof/Horst Eidenmüller/Rolf Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 3. Aufl., München 2014, § 343 N 67). In *Österreich* wird die Eröffnung eines ausländischen Insolvenzverfahrens nach § 240 Abs. 1 öIO (Insolvenzordnung [Österreich]) grundsätzlich (automatisch) anerkannt, wobei kein besonderes Anerkennungsverfahren vorgesehen ist (PAUL OBERHAMMER, in: Andreas Konecny/Günter Schubert (Hrsg.), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen, §§ 236–242 KO, 25. Lieferung, Wien 2007, § 240 N 4. Die Anerkennung führt



Erfahrungen diese Rechtsordnungen mit einer automatischen Wirkungserstreckung gemacht haben, um zu klären, inwieweit die Befürchtungen hinsichtlich der mit einem solchen Mechanismus verbundenen Gefahren gerechtfertigt sind. Auch wenn der erläuternde Bericht auf die besagten internationalen Entwicklungen Bezug nimmt, wird nicht ersichtlich, inwieweit eine derartige Untersuchung bereits angestellt wurde und ob die Ablehnung ihres Nachvollzugs ihren Grund in negativen praktischen Erfahrungen hat, die im Ausland mit diesem Regelungsmodell gemacht worden wären.

2. Verzicht auf ein Hilfsverfahren

Die vorgesehene Möglichkeit des Verzichts auf ein Hilfsverfahren ist sehr zu begrüßen. Es darf erwartet werden, dass die vorgeschlagenen Neuerungen den Verfahrensaufwand in vielen Fällen spürbar reduzieren werden. Jedoch scheinen noch einige Anpassungen erwägenswert, um die mit der Neuregelung verfolgten Ziele besser erreichen zu können.

a. Schutz pfandgesicherter Gläubiger

Der unbedingte Schutz von Gläubigern pfandgesicherter Forderungen vor der Einbeziehung in ein ausländisches Insolvenzverfahren, die u.U. mit Eingriffen in ihre dingliche Rechtsstellung einhergehen kann, ist grundsätzlich eine zumindest nachvollziehbare rechtspolitische Entscheidung.⁵ Es ist jedoch zweifelhaft, ob dieser Schutz in jedem Fall die Durchführung eines inländischen Hilfsverfahrens über das gesamte inländische Vermögen des ausländischen Konkursiten erfordert. Auf ein solches Verfahren sollte vielmehr auch verzichtet werden können, wenn die ausländische Konkursverwaltung den Sicherungsgegenstand freigibt. Mit einer solchen Freigabe wäre den legitimen Schutzbedürfnissen der pfandgesicherten Gläubiger jedenfalls vollständig Rechnung getragen.

b. Schutz schweizerischer privilegierter Gläubiger

Der Entwurf hält auch an der bevorrechtigten Behandlung von nicht pfandgesicherten, aber privilegierten Forderungen von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz (Art. 172 Abs. 1 lit. b IPRG i.V.m. Art. 219 Abs. 4 *Erste Klasse* und *Zweite Klasse* SchKG) fest und schliesst den Verzicht auf ein

grundsätzlich zur Wirkungserstreckung des ausländischen Insolvenzverfahrens (vgl. § 241 Abs. 1 öIO; OBERHAMMER, *ibid.*, § 240 N 10). Nach *italienischem Recht* muss ein ausländischer Insolvenzeröffnungsentscheid ausdrücklich anerkannt werden. Zwar wird im Grundsatz angenommen, dass mit der Anerkennung dem ausländischen Insolvenzeröffnungsentscheid auf italienischem Territorium «Wirkung verliehen wird». Hinsichtlich dieser Grundregel bestehen jedoch verschiedene Einschränkungen und Rechtsunsicherheiten (RICHARD GASSMANN/FLORIAN BOMMER, § 14 Das international organisierte Unternehmen in der Krise, in: Peter Münch/Nicolas Passadelis/Jens Lehne (Hrsg.), *Handbuch Internationales Handels- und Wirtschaftsrecht. Rechtliche Herausforderungen im Auslandsgeschäft*, Basel 2015, S. 683 ff., Rz. 14.99 m.w.H.). Auch in *Frankreich* erfolgt prinzipiell eine Anerkennung ausländischer Insolvenzeröffnungsentscheide. Eine Anerkennung erfolgt jedoch nicht automatisch, sondern in einem «ausdrückliche[n] Exequatur». Die Anerkennung führt nicht zu einer umfassenden Wirkungserstreckung, sondern zu einer kombinierten Wirkung des ausländischen und des französischen Insolvenzrechts. Einzelne Wirkungen des ausländischen Insolvenzverfahrens bestehen sodann auch ohne Exequatur (GASSMANN/BOMMER, *ibid.*, Rz. 14.98 m.w.H.).

⁵ Vgl. diesbezüglich OBERHAMMER (FN 3), S. 333; MARJOLAINE JAKOB, Bemerkungen zur Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten nach dem Vorentwurf für eine Revision des 11. Kapitels des IPRG, Rz. 21, *im Erscheinen*.

Hilfsverfahren aus, sofern sich solche Gläubiger gemeldet haben (Art. 174a Abs. 1 VE-IPRG). Dies wird mit sozialpolitischen Motiven begründet.⁶ Inwieweit (alle) diese Privilegierungen gerechtfertigt sind und auch im internationalen Fall unbedingt durchgesetzt werden müssen, liesse sich hinterfragen,⁷ namentlich auch im Hinblick darauf, dass im Hilfskonkurs nur inländische privilegierte Gläubiger geschützt werden.⁸ Die praktischen Auswirkungen dieser Bevorzugung dürften sich im Ergebnis jedoch in Grenzen halten: Die in Art. 219 Abs. 4 *Erste Klasse* und *Zweite Klasse* SchKG normierten Privilegierungen sind auf inländische (Haupt-)Konkursverfahren zugeschnitten, in denen typischerweise solche Forderungen vorkommen. In der Praxis des internationalen Insolvenzrechts sind die von Art. 172 Abs. 1 lit. b IPRG i.V.m. Art. 219 Abs. 4 *Erste Klasse* und *Zweite Klasse* SchKG erfassten Fälle hingegen äusserst selten.⁹ Für die Forderungen von Arbeitnehmern (vgl. Art. 219 Abs. 4 *Erste Klasse* lit. a, a^{bis}, a^{ter} SchKG) ist – nach Art. 166 Abs. 2 VE-IPRG i.V.m. Art. 50 Abs. 1 SchKG allerdings nur noch bis zur Stellung eines Antrags auf Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets¹⁰ – häufig ein Niederlassungskonkurs in der Schweiz möglich.¹¹ Besteht keine Niederlassung in der Schweiz, ist eher unwahrscheinlich, dass Arbeitnehmerforderungen im vorgenannten Sinn in der Schweiz bestehen. Auch Sachverhaltskonstellationen, in denen sozialversicherungsrechtliche Forderungen nach Art. 219 Abs. 4 *Erste Klasse* lit. b sowie *Zweite Klasse* lit. b, c, d SchKG in einem Hilfsverfahren angemeldet werden, sind äusserst selten denkbar.¹² Sodann sind die in Art. 219 Abs. 4 *Erste Klasse* lit. c sowie *Zweite Klasse* lit. a SchKG erwähnten Forderungen familienrechtlicher Natur in Konstellationen im Anwendungsbereich von Art. 166 ff. IPRG nahezu ausgeschlossen.¹³ Zudem dürfte ausserhalb des Anwendungsbereichs des internationalen Bankeninsolvenzrechts nach Art. 37g BankG, d.h. soweit ausschliesslich die Art. 166 ff. IPRG anwendbar sind, die Privilegierung von Einlagen nach Art. 37a BankG (vgl. Art. 219 Abs. 4 *Zweite Klasse* lit. f SchKG) kaum Relevanz haben. Die praktische Tragweite von Art. 172 Abs. 2 lit. b IPRG ist entsprechend äusserst beschränkt.

Insofern stellt sich die Frage, inwieweit ein echtes Bedürfnis nach der bevorzugten Behandlung privilegierter Forderungen im Rahmen des Hilfsverfahrens besteht. Eine stimmigere Lösung könnte es sein, die betreffenden Gläubiger auf den Niederlassungskonkurs zu verweisen (womit auch die schwer zu rechtfertigende Differenzierung zwischen in- und ausländischen privilegierten Gläubigern vermieden würde). Voraussetzung einer solchen Lösung wäre freilich, den Niederlassungskonkurs auch nach einem Antrag auf Anerkennung einer ausländischen Insolvenzeröffnung noch zuzulassen – was sich aber auch aus anderen Gründen ohnehin empfiehlt (vgl. dazu Ziff. III).

⁶ Erläuternder Bericht (FN 2) S. 6.

⁷ Dazu OBERHAMMER (FN 3) S. 334 f.; kritisch zu den Privilegierungen JAKOB (FN 5), Rz. 22; Vgl. auch Ivo SCHWANDER, Internationales Privatrecht (IPRG) und Internationales Zivilprozessrecht (IZVR) des Konzernrechts, in: Peter V. Kunz/Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VIII, Bern 2013, S. 79 ff., S. 98 f.

⁸ Vgl. dazu OBERHAMMER (FN 3), der hierin aber immerhin den Vorteil sieht, dass die Aushöhlung der *par condicio creditorum* so im Ergebnis in Grenzen gehalten werde.

⁹ DANIEL STAEHELIN, Konkurs im Ausland – Drittschuldner in der Schweiz, in: Hans Michael Riemer/Moritz W. Kuhn/Dominik Vock/Myriam A. Gehri (Hrsg.), Schweizerisches und Internationales Zwangsvollstreckungsrecht, Festschrift für Karl Spühler, Zürich 2005, S. 407 ff. (S. 417 f.); ISAAC MEIER/CAMILLA GIUDICI, Neue EU-Insolvenzverordnung und Vorschlag zur Revision des internationalen Konkursrechts in der Schweiz: Behandlung des Unternehmens als wirtschaftliche Einheit in der Insolvenz, EuZ 1/2016, S. 4 ff. (S. 18 ff.); JAKOB (FN 5), Rz. 22.

¹⁰ Nach der geltenden Regelung ist ein Niederlassungsverfahren bis zur Rechtskraft des Kollokationsplans nach Art. 172 IPRG möglich (Art. 166 Abs. 2 IPRG).

¹¹ STAEHELIN (FN 9), S. 417; JAKOB (FN 5), Rz. 22.

¹² Vgl. zur Kritik an der Privilegierung von Sozialversicherungsträgern: OBERHAMMER, (FN 3), S. 334 f.

¹³ Vgl. zur Kritik an der Privilegierung von Unterhaltsgläubigern: OBERHAMMER (FN 3), S. 334 f.

c. Prüfung der angemessenen Berücksichtigung von Forderungen schweizerischer Drittklassgläubiger

Wie heute schon bei der Prüfung der Anerkennung des ausländischen Kollokationsplans (Art. 173 Abs. 3 IPRG)¹⁴ soll nach Art. 174a Abs. 1 IPRG künftig auch im Hinblick auf einen Verzicht auf das Hilfsverfahren geprüft werden, ob die nicht privilegierten Forderungen (Forderungen i.S.v. Art. 219 Abs. 4 *Dritte Klasse* SchKG) von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz im ausländischen Verfahren angemessen berücksichtigt werden. Dies kann zu einer erheblichen Verlängerung des Verzichts-antragsverfahrens sowie zu beträchtlichen Kosten führen, sofern zur Prüfung der angemessenen Berücksichtigung der vorgenannten Forderungen im ausländischen Konkursverfahren umfangreiche rechtliche Abklärungen getätigt und/oder Gutachten zum ausländischen Recht eingeholt werden müssen.¹⁵ Darüber hinaus kann auch die nach Art. 174a Abs. 1 Satz 3 VE-IPRG vorgesehene Anhörung der schweizerischen Drittklassgläubiger zu einer Verfahrensverzögerung und zusätzlichem Aufwand führen.¹⁶ Ein solcher Verfahrensablauf widerspricht im Ergebnis den Interessen aller (in- und ausländischen) Konkursgläubiger, da er in finanzieller und zeitlicher Hinsicht negative Auswirkungen für die Konkursmasse haben kann.¹⁷ Im Rahmen des Verzichts-antragsverfahrens könnten die benannten Schwierigkeiten sich weit gravierender auswirken als bei der Prüfung der Anerkennung eines ausländischen Kollokationsplans, weil im Zeitpunkt des Entscheids über den Verzicht ein ausländischer Kollokationsplan häufig noch nicht vorliegen wird und daher Prognosen über dessen voraussichtlichen Inhalt angestellt werden müssen.

Angesichts dessen führt Art. 174a Abs. 1 Satz 3 VE-IPRG auch zu prozessualen Doppelgleisigkeiten: Es ist zu bedenken, dass bereits im Rahmen der Prüfung der Anerkennungsfähigkeit der ausländischen Konkurseröffnung die Vereinbarkeit mit dem schweizerischen *ordre public* geprüft wird und die sachwidrige Diskriminierung ausländischer Gläubiger einer der wichtigsten Anwendungsfälle für die Anerkennungsversagung wegen *ordre-public*-Widrigkeit ist.¹⁸ Angesichts dessen stellt sich die Frage, was genau im Verzichts-antragsverfahren darüber hinaus noch geprüft werden soll. Es scheint vor diesem Hintergrund nicht ausgeschlossen, dass der unbestimmte Rechtsbegriff «angemessen» durch eine restriktive Auslegung in der Rechtsprechung zu einer Blockierung des Verzichts auf die Durchführung des Hilfsverfahrens führen könnte,¹⁹ weil die Anforderungen an die angemessene Berücksichtigung der betreffenden Forderungen im ausländischen Konkursverfahren – um dem Erfordernis neben der ohnehin schon erfolgten *ordre-public*-Prüfung noch eine selbständige Bedeutung zu geben – womöglich derart hoch angesetzt werden könnten, dass ein Antrag auf Verzicht auf die

¹⁴ Dessen Kriterien sollen ausweislich des erläuternden Berichts (FN 2), S. 13 auch bei der Anwendung von Art. 174a Abs. 1 VE-IPRG massgeblich sein.

¹⁵ JAKOB (FN 5), Rz. 25.

¹⁶ HANS HANISCH, Wirkungen deutscher Insolvenzverfahren auf in der Schweiz befindliches Schuldnervermögen. Bisheriges und neues internationales Insolvenzrecht der Schweiz, Juristenzeitung 1988, S. 737 ff. (S. 740); HANS ULRICH WALDER, Die international konkursrechtlichen Bestimmungen des neuen IPR-Gesetzes, in: Louis Dallèves/Beat Kleiner/Lutz Krauskopf/Rolf Raschein/Henri Schüpbach/Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre SchKG. Centenaire de la LP, Zürich 1989, S. 325 ff. (S. 334); JAKOB (FN 5), Rz. 25.

¹⁷ JAKOB (FN 5), Rz. 25.

¹⁸ STEPHEN V. BERTI/RAMON MABILLARD, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti (Hrsg.), Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 3. A., Basel 2013, Art. 166 N 29.

¹⁹ JAKOB (FN 5), Rz. 26.



Durchführung eines Hilfsverfahrens nie oder fast nie gutgeheissen wird.²⁰ Auch im Verhältnis zu Art. 173 IPRG – der unverändert beibehalten werden soll – ergäben sich Doppelgleisigkeiten.

Sind keine Gläubiger im Sinne von Art. 219 Abs. 4 *Dritte Klasse* SchKG mit Wohnsitz in der Schweiz in einem Hilfsverfahren vorhanden, fehlt es ohnehin an der Schutzbedürftigkeit dieser Gläubigerkategorie und somit an jeglicher Rechtfertigung der Angemessenheitsprüfung. Angesichts des damit verbundenen hohen prozessualen Aufwands sollte sichergestellt werden, dass diese Prüfung zumindest nicht überflüssigerweise stattfindet und damit prozessualer Leerlauf produziert wird. Auch aus diesem Grund²¹ sollten im Rahmen des der Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets nachfolgenden Schuldenrufs auch die Drittklassgläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz aufgefordert werden, ihre Forderungen beim für die Durchführung des Hilfsverfahrens zuständigen Konkursamt zu melden, wie es bereits heute der Praxis verschiedener Kantone entspricht.²² Die Angemessenheitsprüfung sollte dann nur stattfinden, wenn sich solche Gläubiger gemeldet haben.

d. Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses

Der erläuternde Bericht spricht sich dagegen aus, ein Hilfsverfahren nur auf Antrag eines oder mehrerer Gläubiger zu eröffnen und durchzuführen.²³ Ein solcher Verfahrensablauf brächte jedoch erhebliche prozessökonomische Vorteile und sollte daher nochmals in Erwägung gezogen werden.

Die zwingende Eröffnung eines Hilfsverfahrens kann sich als unnötig erweisen, wenn keine bevorrechtigten Gläubiger vorhanden sind. Damit einhergehend können erhebliche ungerechtfertigte Kosten (z.B. für die Eröffnung und Durchführung des Hilfsverfahrens) zu Lasten der ausländischen Konkursmasse anfallen. Dieser Kostenanfall ist insbesondere dann nicht gerechtfertigt, wenn generell keine schützenswerten Gläubiger in der Schweiz vorhanden sind, aber auch, wenn – nach der im Vorentwurf vorgeschlagenen Regelung in Art. 174a Abs. 1 VE-IPRG – ein Antrag auf Verzicht auf die Durchführung des Hilfsverfahrens gutgeheissen würde.²⁴ Durch das Ausbleiben der automatischen Eröffnung eines Hilfsverfahrens nach Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets könnten daher Verfahrensleerläufe vermieden werden, die den Interessen der Konkursmasse sowie im Ergebnis den Interessen aller Gläubiger, aber auch dem Allgemeininteresse an einem ökonomischen und zweckmässigen Ressourceneinsatz widersprechen.

Durch eine Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses könnten sodann Konflikte über die Verwaltung der auf schweizerischem Territorium gelegenen Aktiven vermieden werden, die entstehen können, wenn zuerst das schweizerische Konkursamt und später als Folge eines Verzichts auf die Durchführung des Hilfsverfahrens nach Art. 174a Abs. 1 VE-IPRG die ausländische Konkursverwaltung für die Verwaltung dieser Vermögenswerte zuständig wäre.

²⁰ JAKOB (FN 5), Rz. 26.

²¹ Abgesehen davon, dass dies auch im Rahmen einer allfälligen Prüfung der Anerkennungsfähigkeit des ausländischen Kollokationsplans (Art. 173 Abs. 3 SchKG) relevant ist.

²² Vgl. diesbezüglich die Auswertung der SHAB-Daten der vergangenen drei Jahre zu diesem Thema in: JAKOB (FN 5), FN 80.

²³ Erläuternder Bericht (FN 2), S. 13 f.

²⁴ Vgl. JAKOB (FN 5), Rz. 37.



Der erläuternde Bericht weist darauf hin, es sei nicht immer möglich, die Gläubiger über ihr Antragsrecht zu informieren.²⁵ Hierfür kann freilich – wie auch sonst im Insolvenzverfahren – der Schuldenruf dienen; bekannte antragsberechtigte Gläubiger könnten zusätzlich (wie im inländischen Hauptverfahren nach Art. 233 SchKG) persönlich informiert werden. Schon heute werden die Gläubiger i.S.v. Art. 172 Abs. 1 IPRG zur Anmeldung der Forderungen im Hilfsverfahren via Schuldenruf aufgefordert.²⁶ Nachdem ein solcher auch dem in Art. 174 Abs. 1 Satz 3 VE-IPRG vorgesehenen Verzichtsverfahren vorangehen muss (sonst wäre ja die Prüfung, ob sich bevorrechtigte Gläubiger «gemeldet» haben, sinnlos), dürfte auch die im erläuternden Bericht befürchtete Verzögerung²⁷ nicht drohen. Auch nach der im Entwurf vorgesehenen Verfahrensgestaltung wäre es i.Ü. wohl wenig zweckmässig, im Hilfsverfahren andere als dringliche Verwaltungshandlungen vorzunehmen, solange nicht geklärt ist, ob es zu einem Verzicht gemäss Art. 174a Abs. 1 VE-IPRG kommen wird. Solche dringlichen Verwaltungshandlungen könnten aber auch bei Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses bis zur Klärung, ob ein Hilfsverfahren stattfindet oder nicht, weiterhin in der Kompetenz des schweizerischen Konkursamts verbleiben.

Auch das Argument, bei Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses könne es zu Rechtsstreitigkeiten hinsichtlich der Antragsberechtigung kommen,²⁸ ist nur bedingt stichhaltig. Die im Vernehmlassungsentwurf vorgeschlagene Regelung von Art. 174a Abs. 1 VE-IPRG kann nämlich gleichfalls zu Rechtsstreitigkeiten hinsichtlich der Gläubigereigenschaft führen, insbesondere sofern an der Privilegierung nach Art. 172 Abs. 1 lit. b IPRG sowie an der Angemessenheitsprüfung nach Art. 174a Abs. 1 VE-IPRG festgehalten wird. Entsprechende Verfahren könnten sich über mehrere Instanzen ziehen. Daher wäre ein solches Risiko auch im Rahmen einer Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses hinzunehmen.²⁹

e. Fazit

Zusammengefasst werden folgende Anpassungen in Art. 174a Abs. 1 VE-IPRG **vorgeschlagen**:

- Das Vorhandensein pfandgesicherter Gläubiger sollte den Verzicht auf ein Hilfsverfahren nicht hindern, wenn die ausländische Konkursverwaltung den Pfandgegenstand freigibt (vgl. dazu Ziff. II.2.a).
- Die bevorzugte Behandlung inländischer privilegierter Gläubiger im Rahmen des Hilfsverfahrens sollte überdacht werden. Insbesondere ist zu erwägen, den Schutz privilegierter Gläubiger in den Niederlassungskonkurs zu verlagern (vgl. dazu Ziff. II.2.b).
- Von der Prüfung der angemessenen Berücksichtigung der Forderungen schweizerischer Drittklassgläubiger im ausländischen Konkursverfahren sollte im Rahmen des Verzichtsverfahrens Abstand genommen werden, zumal eine diesbezügliche Prognose der Sache nach bereits im Anerkennungsverfahren (unter dem Gesichtspunkt des *ordre public*)

²⁵ Erläuternder Bericht (FN 2) S. 13.

²⁶ JAKOB (FN 5), Rz. 30.

²⁷ Erläuternder Bericht (FN 2) S. 13.

²⁸ Erläuternder Bericht (FN 2) S. 13.

²⁹ JAKOB (FN 5), Rz. 34.

stattfindet und im Stadium des Verzichtsantragsverfahrens diesbezüglich kaum neue Entscheidungsgrundlagen vorliegen werden. Sollte an dieser Prüfung dennoch festgehalten werden, so sollte sie zur Vermeidung prozessualen Leerlaufs jedenfalls auf Fälle beschränkt werden, in denen sich inländische Drittklassgläubiger gemeldet haben (vgl. dazu Ziff. II.2.c).

- Die Möglichkeit einer Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses (d.h. die Eröffnung eines Hilfsverfahrens nur auf besonderen Antrag) sollte nochmals in Erwägung gezogen werden (vgl. dazu Ziff. II.2.d).

III. Verhältnis zum Niederlassungskonkurs (166 Abs. 2 VE-IPRG)

Der Vorentwurf schlägt vor, ab dem Antrag auf Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets keinen Niederlassungskonkurs mehr zuzulassen. Dies ist aus mehreren Gründen problematisch:

Zunächst könnte die vorgeschlagene Regelung aus Sicht von Niederlassungsgläubigern – insbesondere ausländischen, die im Rahmen eines inländischen Hilfsverfahrens nicht berücksichtigt würden – einen starken Anreiz schaffen, die Konkurseröffnung möglichst frühzeitig herbeizuführen; dies könnte den Erfolg von Sanierungsbemühungen gefährden und sich insofern auch gesamtwirtschaftlich nachteilig auswirken. Aufgrund dieser Anreizwirkung ist auch fraglich, ob das ausweislich des erläuternden Berichts mit der Neuregelung verfolgte Ziel einer verbesserten Verfahrenseffizienz³⁰ so tatsächlich erreicht werden kann. Verschärft wird diese Gefahr noch dadurch, dass es für die Priorität eines Hilfsverfahrens neu auf den Zeitpunkt der Antragstellung ankommen soll, während ein Niederlassungsverfahren wohl nur dann Vorrang haben soll, wenn es vor dem Antrag auf Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets *eröffnet* wurde³¹ (wobei der Entwurfstext – wie auch schon der geltende Gesetzestext – in diesem Punkt nicht ganz eindeutig ist).

Ganz allgemein wird die bestehende Benachteiligung ausländischer Gläubiger durch die Erschwerung eines Niederlassungskonkurses entgegen den Ausführungen im erläuternden Bericht³² eher verstärkt als abgemildert. Insbesondere führt der Vorschlag (wie auch im erläuternden Bericht erwähnt)³³ zu einer deutlichen Schlechterstellung ausländischer privilegierter Gläubiger, die bisher im Niederlassungskonkurs ebenfalls bevorzugt zum Zug kommen. Hält man die Privilegierungen gem. Art. 219 Abs. 4 *Erste Klasse* und *Zweite Klasse* SchKG weiterhin für sozialpolitisch gerechtfertigt (was der erläuternde Bericht als Grund für die Beibehaltung der Bevorzugung solcher Forderungen im inländischen Hilfsverfahren angibt)³⁴, dann ist jedoch eine sachliche Rechtfertigung dafür, diesen sozialen Schutz nur inländischen Gläubigern zu gewähren und ihn etwa im Ausland wohnhaften Arbeitnehmenden einer inländischen Niederlassung des Gemeinschuldners (z.B. Grenzgängern oder u.U. auch entsendeten Arbeitnehmenden) vorzuenthalten, schwer ersichtlich. Umgekehrt liesse sich aber auch hinterfragen, ob auf Seiten der (meist inländischen) Drittklassgläubiger einer inländischen Niederlassung des ausländischen Konkursiten ein schutzwürdiges Interesse an der Möglichkeit eines

³⁰ Erläuternder Bericht (FN 2), S. 10.

³¹ Erläuternder Bericht (FN 2), S. 10.

³² Erläuternder Bericht (FN 2), S. 11.

³³ Erläuternder Bericht (FN 2), S. 11.

³⁴ Erläuternder Bericht (FN 2), S. 6.

inländischen Niederlassungskonkurses bei Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets tatsächlich generell fehlt, wie es der erläuternde Bericht annimmt.³⁵

Der Schwierigkeit der Abgrenzung der Massen von Hilfs- und Niederlassungsverfahren könnte damit begegnet werden, dass sämtliches inländisches Vermögen der Masse des Niederlassungsverfahrens zugeschlagen wird, falls ein solches eröffnet wird. Dann müssten freilich auch sämtliche Gläubiger (auch solche, deren Forderungen nicht aus dem Betrieb der Niederlassung stammen) zum Niederlassungsverfahren zugelassen werden.³⁶ Soll es dabei bleiben, dass am Niederlassungsverfahren nur Niederlassungsgläubiger teilnehmen können, so scheint die von der h.L. angenommene³⁷ Beschränkung auf der Niederlassung zuzuordnendes Vermögen hingegen zwingend geboten. Bei der Koordination zwischen den verschiedenen Verfahren (Hauptverfahren, Niederlassungsverfahren und ggf. Hilfsverfahren) kann die Koordinationsvorschrift des Art. 174b VE-IPRG nutzbar gemacht werden; auf Antrag eines der Verwalter oder eines Gläubigers sollte das Gericht im summarischen Verfahren über die Zugehörigkeit eines Vermögensgegenstands entscheiden. Diesbezüglich könnte eine flankierende Regelung ins Gesetz aufgenommen werden.

Im Übrigen könnte, wie bereits ausgeführt, auch erwogen werden, die heute und auch nach dem Entwurf im Rahmen eines Hilfsverfahrens zu berücksichtigenden privilegierten Forderungen (Art. 172 Abs. 1 lit. b IPRG) überhaupt nur noch im Rahmen eines Niederlassungsverfahrens zu berücksichtigen und die betroffenen Gläubiger ansonsten auf das anerkannte ausländische Insolvenzverfahren zu verweisen. Zumindest privilegierte Arbeitnehmerforderungen dürften in der Praxis ohnehin in erster Linie bei Vorhandensein einer inländischen Niederlassung bestehen (vgl. dazu auch Ziff. II.2.b). So könnte erreicht werden, dass der Schutz des Art. 219 Abs. 4 *Erste Klasse* und *Zweite Klasse* SchKG dort gewährt wird, wo tatsächlich von einer diesbezüglichen legitimen Erwartung gesprochen werden kann – dann aber ohne Diskriminierung zulasten ausländischer Gläubiger. Damit hätte sich zugleich auch der Bedarf nach einer Koordination zwischen zwei inländischen Verfahren (Niederlassungs- und Hilfsverfahren) weitgehend erledigt. Ein inländisches Hilfsverfahren müsste nur noch eröffnet werden, wenn Gläubiger vorhanden wären, deren Forderungen durch ein Pfandrecht an einem inländischen Vermögensgegenstand gesichert wären, der nicht in die Niederlassungskonkursmasse gehört (vgl. in diesem Zusammenhang auch Ziff. II.2.b).

Nicht zuletzt liegt in der vorgeschlagenen Regelung des Art. 166 Abs. 2 VE-IPRG eine deutliche Abweichung gegenüber dem Regelungskonzept der EulnsVO³⁸ sowie der neu gefassten EulnsVO³⁹, aber etwa auch gegenüber dem autonomen internationalen Insolvenzrecht der Nachbarstaaten

³⁵ Erläuternder Bericht (FN 2), S. 11.

³⁶ Nach autonomem deutschem Recht können sich jegliche in- sowie ausländische Gläubiger am sog. Partikularverfahren beteiligen und ihre Forderungen geltend machen; MICHAEL DAHL, in: Dirk Andres/Rolf Leithaus/Michael Dahl (Hrsg.), Insolvenzordnung (InsO). Kommentar, 3. Aufl., München 2014, § 354 N 16; ELLEN DELZANT, in: Eberhard Braun (Hrsg.), Insolvenzordnung (InsO). Kommentar, 6. Aufl., München 2014, § 354 N 16; STEFAN REINHARD, in: Hans-Peter Kirchhof/Horst Eidenmüller/Rolf Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 3. Aufl., München 2014, § 354 N 32.

³⁷ BERTI/MABILLARD (FN 18), Art. 166 N 46; PAUL VOLKEN, in: Daniel Girsberger/Anton Heini/Max Keller/Jolanta Kren Kostkiewicz/Kurt Siehr/Frank Vischer/Paul Volken (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004, Art. 166 N 115 ff.; DANIEL STAEHELIN, Die Anerkennung ausländischer Konkurse und Nachlassverträge in der Schweiz (Art. 166 ff. IPRG), Diss., Basel 1989, S. 103.

³⁸ Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren, ABl. 2000, L 160/1.

³⁹ Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 über Insolvenzverfahren (Neufassung), ABl. 2015, L 141/19.



Deutschland und Österreich, wo im Gefolge der Anerkennung einer ausländischen Insolvenzeröffnungsentscheidung ein Niederlassungsverfahren jedenfalls nicht ausgeschlossen ist (vgl. § 240 Abs. 3 öIO) und nach der EulnsVO sowie nach deutschem autonomem Recht sogar unter erleichterten Bedingungen eröffnet werden kann (Art. 3 Abs. 2 und 4 EulnsVO, § 356 dInsO; Art. 9 Abs. 3 und 4 iIO⁴⁰). Der erläuternde Bericht gibt nicht an, inwieweit diese ausländischen Regelungsmodelle – immerhin aus Rechtsordnungen, die für den schweizerischen grenzüberschreitenden Rechtsverkehr in Insolvenzsachen von vorrangiger Bedeutung sind – und vor allem die damit gemachten praktischen Erfahrungen bei der Konzeption des VE zur Kenntnis genommen und in die Überlegungen einbezogen wurden. Gerade bei einer Regelung, die einen möglichst reibungslosen grenzüberschreitenden Rechtsverkehr fördern soll, wären solche rechtsvergleichenden Vorarbeiten aber dringend wünschenswert.

Vorschlag: Beibehaltung von Art. 166 Abs. 2 IPRG in der geltenden Fassung, gegebenenfalls unter Schaffung ergänzender Regeln über den Umfang der Aktiv- und Passivmasse des Niederlassungsverfahrens und über das Verhältnis zu einem anerkannten ausländischen Hauptverfahren. Zusätzlich könnte in Erwägung gezogen werden, die Bevorrechtigung privilegierter Gläubiger generell auf das Niederlassungsverfahren zu beschränken (vgl. dazu auch Ziff. II.2.b).

IV. Anerkennung ausländischer insolvenzbezogener Entscheidungen

Die Schaffung einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage für die Anerkennung ausländischer insolvenzbezogener Entscheidungen (Art. 174c VE-IPRG) ist nachdrücklich zu befürworten.⁴¹ Problematisch ist jedoch der schlichte Verweis auf Art. 25–27 IPRG hinsichtlich der Anerkennungsvoraussetzungen und -versagungsgründe. Wie auch der erläuternde Bericht festhält,⁴² bedeutet dies für die indirekte Zuständigkeit, dass nur Entscheidungen anerkannt werden, die im Wohnsitzstaat der beklagten Partei ergangen sind, sofern keiner der Fälle gemäss Art. 26 lit. b–d IPRG vorliegt. Hingegen wäre hinsichtlich einer Klage im Staat der Insolvenzeröffnung keine indirekte Zuständigkeit gegeben. Die Konsequenz wäre, dass entsprechende Entscheidungen aus EU-Staaten regelmässig nicht anerkennungsfähig wären, da die (in Art. 6 der 2015 neu gefassten EulnsVO auch durch den Unionsgesetzgeber kodifizierte) Rechtsprechung des EuGH insoweit von einer *vis attractiva concursus* ausgeht⁴³. Um eine Anerkennung in der Schweiz zu ermöglichen, bliebe bei

⁴⁰ Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267 (Italien), aggiornato da D.L. 5 gennaio 2015, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla L. 4 marzo 2015, n. 20 e dal D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2015, n. 132 («Legge Fallimentare»).

⁴¹ Vgl. zur aktuellen Rechtslage: DANIEL STAEHELIN, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Art. 159–352 SchKG, Art. 1–47 GSchG, Art. 51–58 AVIG, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 289 N 27 f.; BRIGITTE UMBACH-SPAHN/STEFAN BOSSART, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Kurzkomentar. SchKG. Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 289 N 10 f.; OBERHAMMER (FN 3), S. 344 ff.; FRIDOLIN WALTHER, Paulianische Anfechtungsansprüche im internationalen Verhältnis – ausgewählte Probleme, in: Karl Spühler (Hrsg.), Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht V, Zürich 2005, S. 79 ff. (S. 102 ff.).

⁴² Erläuternder Bericht (FN 2), S. 16.

⁴³ EuGH 12.02.2009, C-339/07, *Christopher Seagon/Deko Marty Belgium NV*, Nr. 18 ff., insbes. Nr. 21 (darauf verwiesen in EuGH 19.04.2012, C-213/10, *F-Tex SIA/Lietuvos-Anglijos UAB «Jadecloud-Vilma»*, Nr. 27); BJÖRN LAUKEMANN, in: Burkart Hess/Paul Oberhammer/Thomas Pfeiffer (Hrsg.), European Insolvency Law. The Heidelberg-Luxembourg-Vienna Report, München 2014, Rz. 489 ff. Vgl. im Zusammenhang mit der Ausarbeitung der neu gefassten EulnsVO: Bericht vom 12.12.2012 der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss über die Anwendung der Verordnung (EG) Nr.



Insolvenzeröffnung in einem EU-Mitgliedstaat weiterhin nur die – nicht immer opportune – Abtretung des Anspruchs an einen Gläubiger, dessen Klage dann nach der Rechtsprechung des EuGH in den Anwendungsbereich der EuGVVO fiel⁴⁴; die bisherige Praxis des Bundesgerichts lässt erwarten, dass diese Rechtsprechung auch für das LugÜ übernommen würde, zumal sie keinen spezifischen «Unionsrechtsbezug» aufweist, wie er nach Auffassung des Bundesgerichts als Rechtfertigung für eine Abweichung dienen könnte.⁴⁵ Das schliesse im Übrigen aufgrund von Art. 35 Abs. 3 LugÜ jegliche Nachprüfung der Zuständigkeit aus. Mit Art. 174c VE-IPRG in der vorgeschlagenen Form werden deutliche Anreize für eine derartige «Flucht in das LugÜ» gesetzt.

Nachdem auch die Schweiz in spiegelbildlichen Fällen die direkte Zuständigkeit für sich in Anspruch nimmt (Art. 289 SchKG), ist eine sachliche Rechtfertigung für die Versagung einer entsprechenden indirekten Zuständigkeit schwer ersichtlich. Vertretbar schiene es höchstens, einen Inländerschutz nach dem Vorbild von Art. 149 Abs. 2 lit. a, c, e und f IPRG zu schaffen (wobei gegenüber dieser Art der zuständigkeitsrechtlichen Abschirmung inländischer Beklagter gegenüber der ausländischen Justiz grundsätzliche Vorbehalte am Platz sind).

Vorschlag: Zusätzliche indirekte Zuständigkeit für insolvenzbezogene Verfahren im Staat der Insolvenzeröffnung.

V. Einzelfragen

1. Systematische Einordnung von Art. 174a VE-IPRG

Die systematische Einordnung von Art. 174a VE-IPRG («Verzicht auf Durchführung eines Hilfsverfahrens») im Anschluss an die Bestimmungen zur Verteilung des Überschusses (Art. 173 f. IPRG) sollte überdacht werden.⁴⁶ Denn das Verfahren auf Verzicht der Durchführung des Hilfsverfahrens würde nach Erstellung des Kollokationsplanes, aber vor der Anerkennung des ausländischen Kollokationsplans stattfinden und damit vor dem Verfahrensabschnitt, in dem die Verteilung der in der Schweiz gelegenen Aktiven erfolgt.

Vorschlag: Einordnung von Art. 174a VE-IPRG nach Art. 172 IPRG (als Art. 172a VE-IPRG).

2. Befugnisse der ausländischen Konkursverwaltung (Art. 174a Abs. 2 VE-IPRG)

Nach Art. 174a Abs. 2 VE-IPRG darf die ausländische Konkursverwaltung im Fall des Verzichts auf ein Hilfsverfahren «betreffend das ihr zur Verfügung gestellte Vermögen alle Befugnisse ausüben, die dem Schuldner vor der Konkurseröffnung zustanden, insbesondere das Vermögen ins Ausland verbringen und Prozesse führen». Dieser Wortlaut könnte missverständlich sein, da zu den Befugnissen der Konkursverwaltung auch solche gehören, die ihr gerade infolge der Eröffnung des

1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren, COM(2012) 743, S. 12; Vorschlag (samt Begründung) vom 12.12.2012 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates über Insolvenzverfahren, COM(2012) 744, S. 7.

⁴⁴ EuGH 19.04.2012, C-213/10, *F-Tex SIA/Lietuvos-Anglijos UAB «Jadecloud-Vilma»*, Nr. 31 ff., insbes. Nr. 47 ff.

⁴⁵ Vgl. BGE 135 III 185, 189.

⁴⁶ Vgl. JAKOB (FN 5), FN 43.



Konkursverfahrens und kraft ihrer Stellung als Konkursverwaltung zukommen.⁴⁷ Zur Vermeidung von Missverständnissen sollte Art. 174a Abs. 2 VE-IPRG entsprechend ergänzt werden.⁴⁸ Um deutlich zu machen, dass hoheitliche Befugnisse hiervon nicht umfasst sind, könnte etwa eine an § 241 Abs. 2 öIO angelehnte Formulierung aufgenommen werden (siehe dazu den nachstehenden Vorschlag).

Aus dem Wortlaut von Art. 174a Abs. 2 VE-IPRG geht zudem nicht hervor, ob mit dem Begriff «Konkurseröffnung», die ausländische Konkurseröffnung oder die Eröffnung des schweizerischen Hilfsverfahrens gemeint ist. Es ist jedoch davon auszugehen, dass die ausländische Konkurseröffnung angesprochen ist;⁴⁹ dies sollte im Text klargestellt werden.

Vorschlag: Ergänzung von Art. 174 Abs. 2 VE-IPRG: «Die ausländische Konkursverwaltung darf betreffend das ihr zur Verfügung gestellte Vermögen alle Befugnisse ausüben, die dem Schuldner vor der ausländischen Konkurseröffnung zustanden oder der ausländischen Konkursverwaltung kraft ihrer Stellung zukommen, insbesondere das Vermögen ins Ausland verbringen und Prozesse führen. Ihre Befugnisse umfassen nicht die Anwendung von Zwangsmitteln in der Schweiz oder das Recht, hier über Rechtsstreitigkeiten oder andere Auseinandersetzungen zu befinden.»⁵⁰

3. Kooperation und Koordination

Die Aufnahme einer ausdrücklichen Regelung über die Kooperation zwischen den beteiligten Behörden und Organen (Art. 174b VE-IPRG) ist uneingeschränkt zu begrüssen; es könnte allerdings eine verbindlichere Formulierung erwogen werden (etwa «haben so weit wie möglich und zweckmässig ... zu koordinieren» oder zumindest «sollen» anstelle des «können», das den Eindruck erwecken könnte, die Kooperation stünde im Belieben der Beteiligten).

Vorschlag: Verbindlichere Formulierung der Kooperationspflicht.

4. Konsequenzen der Nichtanerkennung der ausländischen Konkurseröffnung

Im geltenden Recht fehlt es an einer Regelung über die Möglichkeit eines Partikularkonkurses bei Nichtanerkennung des ausländischen Konkursdekrets (es sei denn, es besteht eine inländische Niederlassung des Konkursiten). Gleichfalls ungerichtet sind die Folgen des Fehlens von Drittklassgläubigern bei Nichtanerkennung des ausländischen Kollokationsplans (Art. 174 IPRG).⁵¹ Es dürfte davon auszugehen sein, dass in diesem Fall das Inlandsvermögen des Konkursiten der Einzelzwangsvollstreckung unterliegt.⁵² Um eine geordnete Abwicklung dieses Vermögens zu fördern,

⁴⁷ JAKOB (FN 5), Rz. 43.

⁴⁸ JAKOB (FN 5), Rz. 44.

⁴⁹ Vgl. JAKOB (FN 5), FN 94.

⁵⁰ JAKOB (FN 5), Rz. 44.

⁵¹ Hierzu RICHARD GASSMANN, in: Andreas Furrer/Daniel Girsberger/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 173–174 N 14.

⁵² Implizit STAEHELIN (FN 37), S. 171. Offenlassend, ob ein aus dem Hilfsverfahren ergehender Überschuss dem Gemeinschuldner oder der ausländischen Konkursverwaltung auszuhändigen ist: FELIX ZILTENER/ANDREA SPÄTH, Die Anerkennung ausländischer Konkurse in der Praxis des Bezirksgerichts Zürich, ZZZ 2005, S. 37 ff. (S. 87).



könnte sich jedoch empfehlen, für derartige Fälle die Eröffnung eines Partikularkonkursverfahrens am schweizerischen Vermögensort zuzulassen.

Vorschlag: Subsidiäre Zulassung eines Partikularkonkursverfahrens am schweizerischen Vermögensort, wenn entweder die ausländische Insolvenzeröffnung oder der ausländische Kollokationsplan nicht anerkannt werden kann, aber ein Konkursgrund nach dem SchKG erfüllt ist.

Prof. Dr. Tanja Domej
Lehrstuhl für Zivilverfahrensrecht, Pri-
vatrecht, IPR und Rechtsvergleichung
Universität Zürich
Rechtswissenschaftliches Institut
Treichlerstrasse 10
8032 Zürich

Prof. Dr. Ulrich Haas
Lehrstuhl für Zivilverfahrensrecht und
Privatrecht
Universität Zürich
Rechtswissenschaftliches Institut
Freiensteinstrasse 5
8032 Zürich

RA lic. iur. Marjolaine Jakob
Wissenschaftliche Assistentin
Lehrstuhl Prof. Dr. T. Domej
Universität Zürich
Rechtswissenschaftliches Institut
Treichlerstrasse 10
8032 Zürich



UNIL | Université de Lausanne
Faculté de droit, des sciences criminelles
et d'administration publique
bâtiment Internef
1015 Lausanne
Tél. : 021 692 28 33
Fax : 021 692 28 35
Prof. Hansjörg Peter
Email : hansjorg.peter@unil.ch

Lausanne, décembre 2015

REMARQUES

à propos de l'avant-projet de modification de la loi fédérale
sur le droit international privé et de la loi fédérale sur la poursuite
pour dettes et la faillite relatif au droit international de la faillite

A. Quant au principe

Selon le chiffre 1.1.4 du rapport explicatif accompagnant cet avant-projet, une cinquantaine de demandes de reconnaissance d'une décision de faillite étrangère ont été présentées en Suisse entre 2010 et 2014 ; la plupart de ces demandes émanant d'Allemagne et d'autres Etats de l'Union européenne. Au vu de ces chiffres, on doit se demander s'il s'impose vraiment de modifier la loi. Les procédures sont, en tout et pour tout, peu nombreuses et des difficultés auxquelles amènerait le droit actuel ne sautent pas aux yeux. Le droit souffre à être révisé trop souvent. Et les lois souffrent encore davantage quand on leur ajoute des dispositions visant un très petit nombre de cas pratiques et des articles très détaillés qui font oublier les grands principes et ne sont pas toujours aisément compréhensibles.

B. Quant à la forme

La rédaction d'une loi doit être simple et claire. Les textes allemand et français du Code civil, rédigés par Eugen Huber et Virgile Rossel, sont des modèles du genre. Rien n'empêche de s'en inspirer. Malheureusement, la rédaction des articles proposés n'est pas toujours convaincante. Pire, elle est parfois équivoque, difficilement compréhensible ou, en particulier l'art. 174c proposé, presque incompréhensible.

C. Quant au fond

Art. 166

En ce qui concerne cet article, il est proposé, à l'al. 1, de reconnaître non seulement le jugement de faillite provenant de l'Etat de domicile du débiteur, mais aussi le jugement de faillite de l'Etat où est situé le centre des intérêts principaux du débiteur. En outre, il est proposé de renoncer à l'exigence de la réciprocité telle qu'elle figure actuellement à l'art. 166 al. 1 lit. c LDIP. L'al. 2 proposé modifierait le rapport entre une procédure de faillite relative à la succursale du débiteur en Suisse et la procédure de reconnaissance du jugement de faillite étranger concernant ce débiteur.

À propos de la provenance du jugement

Il est vrai que certains droits étrangers permettent de déclarer en faillite un débiteur non seulement à son domicile, mais aussi au lieu où se situe le centre des intérêts principaux de ce débiteur. Il n'est dès lors pas inopportun de reconnaître, à certaines conditions, un jugement de faillite étranger rendu à cet endroit. Toutefois, malgré un centre d'intérêts différent du domicile ou du siège du débiteur, ce débiteur garde toujours son domicile ou son siège. Il faut éviter des conflits et des contradictions et, surtout, la situation dans laquelle le jugement de faillite rendu au lieu où se trouve le centre des intérêts principaux ne serait pas reconnu dans l'Etat du domicile ou du siège du débiteur. Il convient donc de préciser l'art. 166 al. 1 lit. c ch. 2 proposé dans ce sens que le jugement de faillite rendu dans l'Etat où est situé le centre des intérêts principaux du débiteur n'est reconnu en Suisse – si le débiteur n'était pas domicilié en Suisse au moment de l'ouverture de la procédure étrangère – que si ce jugement de faillite est également reconnu dans l'Etat du domicile ou du siège du débiteur.

À propos de la réciprocité

Le souhait d'assouplir cette exigence peut se comprendre. Il est toutefois exagéré de la supprimer complètement. Si, pour le moment, les demandes visant à reconnaître un jugement de faillite étranger proviennent essentiellement de pays voisins, en particulier d'un pays dont l'ordre juridique présente, ces temps, un certain nombre de garanties, il n'est pas exclu que de telles demandes proviennent, à l'avenir, d'autres Etats dont le système juridique présente nettement moins de garanties. Il est excessif d'interdire au juge suisse de tenir compte de l'absence de réciprocité. Cela contraindrait le juge suisse à devoir se limiter aux art. 25 ss LDIP pour refuser éventuellement la reconnaissance d'un jugement de faillite rendu dans des conditions très particulières. Il peut être, juridiquement et surtout politiquement, plus élégant de faire valoir à l'égard de certains Etats l'absence de réciprocité, plutôt que la violation de l'ordre public suisse (art. 27 LDIP). Dès lors, il faut maintenir la possibilité d'invoquer l'absence de réciprocité. Il suffit de préciser que le juge suisse peut refuser la reconnaissance de la décision de faillite étrangère si la réciprocité n'est pas accordée dans l'Etat d'où provient ce jugement.

À propos du rapport entre l'art. 50 al. 1 LP et la reconnaissance du jugement de faillite étranger

Selon le texte actuel de l'art. 166 al. 2 LDIP, la procédure de l'art. 50 al. 1 LP est admissible jusqu'au moment où l'état de collocation au sens de l'art. 172 LDIP est définitif. Le projet propose de modifier cet alinéa et de permettre la procédure de l'art. 50 al. 1 LP tant qu'aucune requête de reconnaissance d'un jugement de faillite étranger n'a été déposée.

Conformément à l'art. 50 al. 1 LP, le débiteur domicilié à l'étranger qui possède un établissement en Suisse peut y être poursuivi pour les dettes de celui-ci. Il est donc concevable que l'établissement en Suisse – souvent une succursale – soit déclaré en faillite. Cette disposition protège les créanciers suisses de l'établissement en Suisse du débiteur étranger et évite qu'ils ne doivent se rendre à l'étranger pour faire valoir leurs prétentions nées d'un rapport avec l'établissement en Suisse.

Le texte proposé affaiblit la situation des créanciers suisses. S'ils ne peuvent plus poursuivre l'établissement suisse déjà dès le moment où l'administration de la faillite étrangère du débiteur demande la reconnaissance du jugement de faillite étranger, ces créanciers se trouvent dans l'insécurité. Ils ne savent pas si – et le cas échéant quand – ce jugement étranger sera reconnu. Et pendant tout ce temps, ils ne peuvent rien faire. Ceci est inadmissible à l'égard des créanciers suisses qui se fient à l'existence d'un établissement du débiteur étranger en Suisse et aux rapports avec celui-ci ; il convient donc de renoncer à la modification proposée de l'art. 166 al. 2 LDIP. On devrait, au contraire, renforcer la position de ces créanciers – encore une fois parce qu'ils se sont fiés à l'existence d'un établissement en Suisse et à la solidité des rapports juridiques avec celui-ci – et admettre même les créanciers de troisième classe à l'état de collocation le jour où, éventuellement, le jugement étranger sera reconnu. Il conviendrait d'étendre, dans ce sens, l'art. 172 LDIP.

Toujours à propos de l'établissement en Suisse du débiteur à l'étranger, l'avant-projet propose un art. 37g al. 4 bis nouveau de la loi fédérale sur les banques. Selon cette proposition, la procédure de l'art. 50 al. 1 LP serait admissible jusqu'à l'entrée en force de l'état de collocation au sens de l'art. 172 LDIP. En matière bancaire, on maintiendrait ainsi le régime actuel de l'art. 166 al. 2 LDIP actuel. Le rapport explicatif ne dit pas pourquoi le régime actuel serait maintenu en matière bancaire alors qu'il changerait à l'extérieur du domaine bancaire. Il n'y a pas de motif de traiter différemment les deux situations. Au contraire, cela ne fait que créer une source de confusion.

À propos de l'art. 170 al. 3 LDIP

L'art. 170 al. 3 LDIP proposé apporte une précision bienvenue. La procédure de liquidation sommaire est de loin la plus fréquente, mais il faut toujours permettre aux créanciers de pouvoir liquider la faillite en la procédure ordinaire. Cependant, l'art. 231 al. 2 LP permet aux créanciers de demander, jusqu'à la distribution des deniers, que la liquidation intervienne en la procédure ordinaire. L'art. 170 al. 3 LDIP proposé n'admet une telle demande que jusqu'à la reconnaissance de l'état de collocation étranger. Ce choix est malheureux et source de confusion. Il convient de retenir le texte de l'art. 231 al. 2 LP.

À propos de l'art. 171 LDIP

La première phrase de l'al. 1 est peu élégante. Pourquoi rédiger au passif alors qu'on apprend déjà aux élèves de l'école primaire et secondaire que l'actif est bien moins lourd et plus élégant ?

Dans le même ordre d'idées, on se demande pourquoi la seconde phrase de l'art. 171 al. 1 emploie la tournure « est déterminante » à la place du verbe à l'actif « détermine ».

Et à l'al. 2, on déplore à nouveau le goût immodéré des rédacteurs de l'avant-projet pour le passif.

Selon la seconde phrase de l'al. 1, l'ouverture de la faillite à l'étranger détermine le calcul des délais. On ne sait pas ce qu'il faut entendre par ouverture de la faillite. En droit suisse, le jugement de faillite ouvre la faillite (art. 175 LP). Le droit étranger prévoit éventuellement un autre moment. Il convient donc de préciser ce moment et de retenir, comme en Suisse, la date, l'heure et la minute du jugement de faillite étranger.

Et il conviendrait encore de préciser l'art. 170 al. 2 LDIP dans ce sens qu'il réserve désormais l'art. 171 al. 1 LDIP nouveau.

Les art. 171 al. 2 – à part sa rédaction – et 172 al. 1 lit. a de l'avant-projet n'appellent pas de remarque.

Art. 174a nouveau LDIP

Selon le rapport explicatif (p. 12), l'idée est de permettre de renoncer à ouvrir une procédure de faillite en Suisse une fois que le jugement de faillite étranger est reconnu. Actuellement, la reconnaissance du jugement de faillite étranger amène à une procédure de faillite locale en Suisse, appelée aussi procédure ancillaire. Selon le rapport explicatif, cela permettrait d'éviter que des procédures ne se déroulent dans le vide lorsqu'il n'y a pas de créanciers suisses à protéger.

Cet article est à plusieurs égards malheureux.

Quant à la terminologie, il dit à la première phrase de l'al. 1 « remettre à l'administration de la faillite étrangère les biens situés en Suisse ». L'al. 2 mentionne « les biens mis à sa disposition ». S'agit-il des mêmes biens ? S'agit-il de mécanismes différents – quelle est alors la différence entre remettre et mettre

à disposition ? Le texte allemand emploie la tournure « zur Verfügung stellen ». Il paraît en tout cas difficile de remettre un immeuble à quelqu'un. Est-ce que l'al. 1 exclut les immeubles tandis que l'al. 2 les comprendrait ?

La deuxième phrase de l'al. 1 proposé dit : « si les créanciers domiciliés en Suisse sont suffisamment pris en compte dans la procédure étrangère. » On a de la peine à concevoir comment des créanciers seraient « pris en compte ».

L'art. 174a proposé aurait plusieurs conséquences que nous ne pouvons pas qualifier de positives. Selon son al. 2, l'administration de la faillite étrangère pourrait exercer, sur les biens mis à sa disposition, l'ensemble des pouvoirs détenus par le débiteur. Cela est nuisible à la fois au débiteur et à ses créanciers. Selon ce texte, l'office des faillites suisse n'interviendrait pas. Or, il est évident et établi que les offices des faillites suisses sont les mieux à même de liquider des biens tout à l'avantage à la fois du débiteur et des créanciers. L'office des faillites sait comment valoriser les actifs situés en Suisse et attirer les acheteurs. Il connaît aussi le terrain et les procédures suisses. Un bon résultat de la liquidation en Suisse satisfait à la fois les créanciers et le débiteur dont la perte sera alors moindre. Il est dangereux d'ouvrir la porte à une administration de la faillite étrangère et de lui permettre d'agir directement en Suisse. Même les administrations de la faillite au Wurtemberg qui bénéficient en vertu du traité de 1825/1826 d'un jugement de faillite immédiatement exécutoire en Suisse s'adressent toujours aux offices des faillites suisses pour donner suite, en Suisse, aux jugements de faillite du Wurtemberg.

Selon l'art. 251 al. 1 LP, les productions en retard sont admises jusqu'à la clôture de la faillite. En d'autres termes, le créancier qui a manqué le délai de production fixé dans la publication du jugement de faillite peut toujours produire sa créance, même après l'expiration de ce délai. Il doit juste se laisser opposer les éventuelles collocations ou mesures de réalisation déjà intervenues. Renoncer à une procédure de faillite locale en Suisse à la suite de la faillite du débiteur à l'étranger signifie priver le créancier suisse de la possibilité de produire selon l'art. 251 LP. Ceci crée une inégalité de traitement entre le créancier suisse du failli suisse et le créancier suisse du failli étranger qui a des biens en Suisse. Une telle inégalité de traitement ne se justifie pas. Elle contribue même à affaiblir la confiance que peut et doit avoir le créancier suisse en les institutions juridiques suisses.

Enfin, selon l'art. 174a al. 1 2^{ème} phrase de l'avant-projet, le tribunal suisse vérifie « si les créanciers domiciliés en Suisse sont suffisamment pris en compte dans la procédure étrangère ». Par tribunal, il faut entendre ici le juge de la faillite. Or le juge de la faillite instruit et statue toujours selon les règles de la procédure (judiciaire) sommaire (art. 251 lit. a CPC). La procédure judiciaire sommaire est par définition la procédure des décisions rapides qui se fondent sur des preuves limitées, voire sur la vraisemblance. Examiner si les intérêts des créanciers domiciliés en Suisse sont suffisamment « pris en compte à l'étranger » demande au contraire un examen approfondi. Ceci est inconciliable avec la procédure sommaire.

Art. 174b LDIP

En présence de plusieurs acteurs et intervenants, la coordination peut être une bonne chose. Il faut toutefois s'assurer que tout le monde entende la même chose par « coordonner » et, plus encore, par « connexité matérielle ».

Art. 174c LDIP

Ce texte est quasiment incompréhensible. Nous ne savons pas, en particulier, ce qu'il faut entendre par « d'autres actions préjudiciables aux créanciers qui sont étroitement liées à une décision de faillite reconnue en Suisse ».

Si le texte vise d'autres actions que l'action révocatoire, mais qu'il soit à tel point difficile de les définir, il est préférable de les énumérer l'une après l'autre.

Il est extrêmement délicat de reconnaître, de manière générale, les jugements révocatoires étrangers visant un bien situé en Suisse. Cela se concilie mal avec l'art. 172 LDIP. La reconnaissance du jugement étranger entrerait en collision avec les droits des créanciers suisses que protège précisément l'art. 172 LDIP. Il n'est pas concevable de reconnaître un jugement étranger qui soustrait un bien à la masse en faillite en Suisse. Tout au plus pourrait-on envisager la reconnaissance d'un jugement rendu à l'étranger sur action révocatoire lorsque le bien concerné par l'acte révocable se trouvait à l'étranger avant que le débiteur n'effectue cet acte.

Art. 175 LDIP

La modification proposée n'appelle pas de remarque particulière.

Art. 244a LP

Quant à la forme

La tournure « s'il est à prévoir que » est peu élégante et malheureuse. De même, la première phrase de l'al. 2 ne convainc pas non plus : « la décision définitive concernant l'existence et la valeur des créances est contraignante pour l'état de collocation. » La tournure « est contraignante pour l'état de collocation » n'est pas claire. On doit se demander ensuite si la disposition veut et doit parler de « la valeur des créances » ou plutôt du montant des créances. Enfin, la seconde phrase de cet alinéa 2 est lourde et compliquée, « l'invocation des prétentions révocatoires par voie d'exception » n'est pas un modèle de langage clair.

Quant au fond

L'avant-projet souhaite permettre de tenir compte de procédures étrangères lors de l'établissement de l'état de collocation et de compléter ainsi l'art. 63 OAOF. Ce but est louable. Toutefois, il ne faut pas rédiger la disposition de manière à ce qu'elle ouvre la porte à des abus. Or la rédaction proposée est susceptible d'entraîner des abus. Il est en effet juste et correct de tenir compte d'un procès à l'étranger lorsque le créancier du débiteur suisse – futur failli – a ouvert cette procédure à l'étranger en toute bonne foi ; en particulier, il faut que ce créancier n'ait pas eu l'intention d'éviter la juridiction suisse, seule compétente en matière de faillite, et il ne faut pas non plus que ce créancier ait déjà eu connaissance de difficultés du débiteur commun et sente le risque de la faillite. Pour ces derniers cas, il faut maintenir la compétence exclusive des autorités suisses. Il convient donc de tempérer la disposition proposée dans ce sens que le créancier qui ouvre action à l'étranger uniquement pour obtenir une situation plus favorable à celle qu'il obtiendrait éventuellement en Suisse ne mérite pas protection.

D'autre part, la tournure « dans un délai convenable » à la fin de l'al. 1 est trop floue. Selon l'art. 270 LP, la faillite doit être liquidée dans un délai d'un an à compter de son ouverture. Même si l'on peut éventuellement prolonger ce délai (art. 270 al. 2 LP), la faillite doit se liquider rapidement, tous les créanciers et l'ordre public en général y ont un grand intérêt. Dès lors, il faut fixer un délai assez bref à l'art. 244a al. 1, par exemple de six mois, et prévoir qu'à défaut la procédure doit se dérouler en Suisse.

Art. 37g al. 4 bis de la loi sur les banques

La remarque concernant cette disposition se trouve plus haut.

Hj. Peter



Verband Schweizerischer Inkassotreuhandinstitute
Association Suisse des Sociétés Fiduciaires de Recouvrement
Associazione degli Uffici Fiduciari d'incasso Svizzeri

per Adresse:

Advokaturbüro Küng + Hunzker
Lindenhofweg 9
Postfach 203
3123 Belp
Telefon 031.819.33.66
Telefax 031.819.11.71

Per Mail an: ipr@bj.admin.ch

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Privatrecht
Frau Bundesrätin Simonetta Sammaruga
Per Adresse: Herr Dr. Rodrigo Rodriguez
Bundesrain 20
3003 Bern

Belp, 19. Januar 2016ek

Vernehmlassung zur geplanten Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Konkurs und Nachlassvertrag)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Sehr geehrter Herr Dr. Rodriguez

Wir machen hiermit gerne von der Möglichkeit zur Einreichung einer Vernehmlassung zur geplanten Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Konkurs und Nachlassvertrag) Gebrauch.

Der VSI ist *der* Verband der Schweizerischen Inkassobranche. Nur die dem VSI angeschlossenen Mitglieder garantieren ein ethisch einwandfreies Inkasso. Der VSI bearbeitet jährlich 3,3 Millionen Inkassofälle mit einem Volumen von über 11 Milliarden Schweizer Franken. Damit leistet er einen wesentlichen Nutzen für die schweizerische Volkswirtschaft. Der VSI setzt sich für ein unternehmensfreundliches Umfeld und optimale wirtschaftliche Rahmenbedingungen ein.

Die zahlreichen Lieferanten, welche täglich Waren gegen Rechnung liefern, erleiden in der Schweiz Jahr für Jahr hohe Verluste. Schon allein die amtlich erfassten Forderungsausfälle betragen regelmässig mehrere Milliarden Franken. Dies belegt ein Blick in die Betreibungs- und Konkursstatistik des BFS. Dieser weist für 2010 bis 2014 durchschnittliche Konkursverluste von deutlich mehr als CHF 2 Mia. pro Jahr aus, 2014 sogar CHF 3,144 Mia.



Konkursverfahren mit grenzüberschreitender Wirkung bergen an sich stets Schwierigkeiten, seien dies Koordinationsprobleme, mehr und intensiveren Aufwand etc. Daran vermag auch der Entwurf zur Neuregelung des Konkursverfahrens im IPRG nichts zu ändern.

Zu den einzelnen Punkte des Vorentwurfs:

a) Anerkennungsvoraussetzungen für Konkursdekrete

a.a) Verzicht auf das Gegenrechtserfordernis; Art. 166 Abs. 1 IPRG

Wie den Ausführungen des Erläuternden Berichts (Seite 8) entnommen werden kann, hat das Erfordernis auf Gegenrecht in der Praxis offenbar zu Problemen geführt. Dies kann durchaus nachvollzogen werden. Hingegen stellt sich die Frage, ob die Schweiz als souveräner Rechtsstaat seine Verhandlungsbasis auf internationaler Ebene nicht verschlechtert. Es ist durchaus im Interesse der Schweiz, dass im Inland ergangen Konkursdekrete konsequent auch von ausländischen Staaten anerkannt werden. Dadurch können im Falle eines Schweizer Konkurses zwar Vermögenswerte ins Ausland geschafft werden, aufgrund des fehlenden Gegenrechts im umgekehrten Fall jedoch nicht Vermögenswerte vom Ausland zurück in die Schweiz geschafft werden. Das Gegenrecht stärkt somit mindestens indirekt die Position Schweizer Gläubiger. Die geplante Änderung zielt auch einzig auf die Mitgliedstaaten der EU ab, verkennt aber, dass die praktischen Probleme weniger im EU-Raum anzutreffen sein werden als in der EU nicht angeschlossenen Staaten insbesondere in Staaten, welche keine der Schweiz ähnliche Rechtsordnung kennen.

Wir erachten daher einen Verzicht auf das Gegenrechtserfordernis für sinnvoll im Rahmen der Verträge mit der EU direkt. Damit könnte sich die Schweiz gegenüber EU-fernen Staaten die Möglichkeit zu Verhandlungen offen halten.

a.b) Erweiterung der indirekten Zuständigkeit; Art. 166 Abs. 1 IPRG

Der in der Schweizerischen Rechtsordnung herrschende Grundsatz des Wohnsitzprinzips (Art. 46 SchKG oder Art. 10 ZPO) hat sich in der Vergangenheit durchaus bewährt. Das Wohnsitzprinzip knüpft an die Definition des Wohnsitzes gemäss Art. 23 ZGB an, sodass jedenfalls in der Schweiz die Probleme der örtlichen Zuständigkeiten einigermaßen im Rahmen gehalten werden können. Für jene Fälle, welche mit dem Wohnsitzprinzip nicht abzudecken vermag, hat der Gesetzgeber in der Folge lex specialis erlassen. Auch das IPRG

stützt sich generell auf das bewährte Wohnsitzprinzip ab. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb eine Klage nur am Sitz der Gegenpartei eingereicht werden kann, der Konkurs jedoch an einem völlig anderen Ort eröffnet wird. Weder das LugÜ noch das IPRG sehen das Forum des Interessenmittelpunkts vor.

Die beabsichtigte Änderung, dass die am Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners ergangener Dekrete zu berücksichtigen, ist in mehrfacher Weise dagegen höchst unglücklich und problematisch, wird doch verkannt, dass ein Schuldner durchaus verschiedene Orte mit „Mittelpunkten der hauptsächlichen Interesse“ haben kann. Bei dieser Definition stellt sich sodann - unabhängig der wörtlichen Auslegung: „Ort, an dem der Schuldner gewöhnlich der Verwaltung seiner Interessen nachgeht und der damit für Dritte feststellbar ist“- bereits die praktische Frage, wie sich die hauptsächlichen Interessen definieren oder wonach diese gemessen werden. Allein aus den Erfahrungen aus der Besteuerung natürlicher und juristischer Personen mit Bezug zum Ausland zeigten und zeigen sich teilweise grösste Probleme bei der jeweiligen Auslegung. Im Unterschied zum Steuerrecht müssten vorliegend jedoch oftmals Gläubiger als Privatpersonen die Abklärungen betreffend des Mittelpunkts der tatsächlichen Interessen vorkehren, was nicht selten zu einer Überforderung führen wird. Dies allein sollte eigentlich bereits ausreichen, eine Abweichung vom Wohnsitzprinzip überhaupt in Betracht zu ziehen.

Damit dürfen in jedem Fall Kompetenzgerangel verschiedener Länder zu erwarten sein, welche selbstverständlich für in- und ausländische Gläubiger Nachteile bringen werden.

Antrag: Auf die geplante Änderung von Art. 166 Abs. 1 IPRG ist zu verzichten.

b) Koordination zwischen Hilfs- und Niederlassungsverfahren; Art. 166 Abs. 2 IPRG

Die vorgeschlagene Änderung dürfte sich in der Praxis als toter Buchstabe zeigen: Regelmässig werden inländische Gläubiger inoffiziell rascher Kenntnis von einem ausländischen Konkursdekret eines Schuldners Kenntnis erlangen (Branchengeflüster). Die jeweiligen Gläubiger der Niederlassung in der Schweiz können sodann sofort bei Vorliegen von Konkursgründen gemäss Art. 190 SchKG die Konkurseröffnung über die Niederlassung verlangen und so dem Antrag auf Anerkennung des ausländischen Konkursdekretes zuvorkommen. Ein Antrag auf Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets dürfte dagegen erst

von der ausländischen Konkursverwaltung gestellt werden, wenn diese sich einen Überblick über die Vermögenssituation verschafft haben.

Antrag: Auf die geplante Änderung von Art. 166 Abs. 2 IPRG ist zu verzichten.

c) Anfechtungsklage und Fristen; Art. 171 Abs. 1 IPRG

Die geplante Änderung von Art. 171 setzt voraus, dass stets rechtzeitig über den offiziellen Weg Kenntnis über das Datum eines ausländischen Konkursdekrets bei einer zuständigen Stelle erlangt wird. Dabei wird jedoch nicht berücksichtigt, dass es in der Praxis oft zwischen Konkursdekret und Kenntnisnahme in der Schweiz lange dauert, sodass die Anfechtungsfrist bei Kenntnisnahme gegebenenfalls bereits abgelaufen ist. Dies ist nicht akzeptabel. Soll denn wirklich die geltende Gesetzgebung hinsichtlich der Fristen geändert werden, drängt sich auf, dass für den Fristenlauf bei der Anfechtungsklage auf das Datum der Zustellung der Mitteilung über das ausländische Konkursdekret abgestellt wird. Eine solche Regelung würde im Übrigen mit den Schweizerischen Rechtsordnung korrespondieren (vgl. Art. 311 ZPO usw.).

Antrag: Art. 171 Abs. 1 IPRG soll wie abgeändert werden:

Die Anfechtungsklage untersteht den Artikeln 285 – 292 SchKG. *Massgebend für die Berechnung der Fristen ist die Zustellung der Mitteilung des ausländischen Konkursdekrets.*

d) Kollokationsplan; Art. 172 IPRG

Keine Bemerkungen.

e) Hilfsverfahren resp. Handlungsbefugnisse der ausländischen Konkursverwaltung; Art. 174a IPRG

Gemäss Art. 174a soll eine ausländische Konkursverwaltung einen Antrag auf Verzicht zur Durchführung eines Hilfsverfahrens stellen können.

Dem Erläuternden Bericht (Seite 12) kann entnommen werden, dass bei nicht vorhandenen schutzbedürftigen Gläubigern (im Inland) ein Verfahrensleerlauf verhindert werden soll. Bei dieser Begründung wird jedoch verkannt, dass bei ausländischen Schuldnern mit Bezug zur

Schweiz in den absolut meisten Fällen schutzbedürftige Gläubiger vorhanden sein werden. Damit wird der sog. Verfahrensleerlauf in den wenigsten Fällen vorliegen.

Hingegen darf erwartet werden, dass ausländischen Konkursverwaltungen einen solchen Verzichtsantrag stets stellen werden, um so Vermögenswerte aus der Schweiz ins Ausland transferieren und dadurch Haftungssubstrat den Schweizer Gläubigern entziehen zu können. Das Argument im Erläuternden Bericht, dass bei Nichteinhaltung von auferlegten Auflagen (Art. 174a Abs. 3) ein Hilfsverfahren oder dessen Wiederaufnahme angeordnet werden könne, ist unbehilflich und vermag kaum einen allfälligen Schaden abzuwenden. In der Regel werden nämlich in einem solchen Fall die Vermögenswerte bereits ins Ausland transferiert worden sein und ein Rückholen solcher Vermögenswerte wird nicht mehr möglich sein.

Soweit Grundstücke in der Schweiz zum Vermögenssubstrat eines Konkursiten gehören, wird deren Verfügung ebenfalls auf ausländische Konkursverwaltungen übertragen. Dies widerspricht jedoch dem klaren Volkswillen, welcher sich letztmals in der Eidgenössischen Abstimmung über die Zweitwohnungsinitiative im März 2012 gegen solche Tendenzen ausgesprochen hat.

Antrag: Auf die geplante Ergänzung durch den Art. 174a IPRG ist zu verzichten.

f) Koordination und Kooperation mit dem In- und Ausland; Art. 174b IPRG

Die geplante Ergänzung des IPRG mit dem Art. 174b ist aus heutiger Sicht ebenso unnötig und dürfte in Zukunft in der Praxis mehr Fragen als Antworten bringen. Da die Kooperation und Koordination zwischen einzelnen Staaten in einzelnen Rechtsgebieten bereits Gegenstand von völkerrechtlichen Verträgen bildet und zudem ein entsprechender Vorbehalt im SchKG unter Art. 30a bereits enthalten ist, ist eine Ergänzung durch diesen Art. 174 komplett überflüssig.

Antrag: Auf die geplante Ergänzung durch den Art. 174b IPRG ist zu verzichten.

g) Anerkennung konkursnaher Entscheidungen; Art. 174c IPRG

Keine Bemerkungen.

h) Vormerkung im Ausland streitiger Forderungen; Art. 244a SchKG

Keine Bemerkungen.

Wir danken Ihnen dafür, dass Sie unsere Überlegungen bei der weiteren Gesetzgebungsarbeit einbeziehen, und für Ihre Aufmerksamkeit.

Mit vorzüglicher Hochachtung

VSI Verband Schweizerischer Inkassotreuhandinstitute



Eveline Küng, Fürsprecherin

Präsidentin